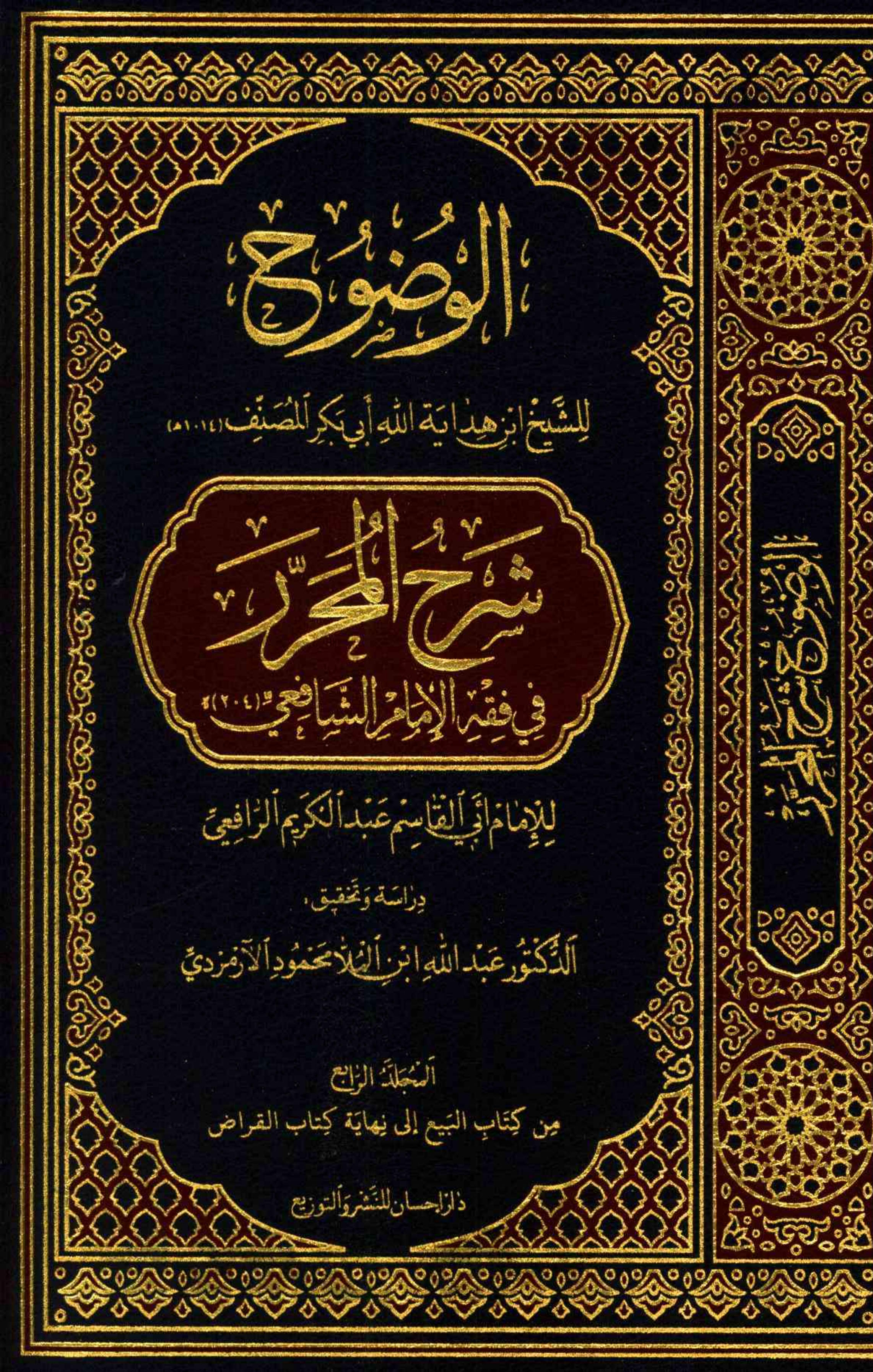
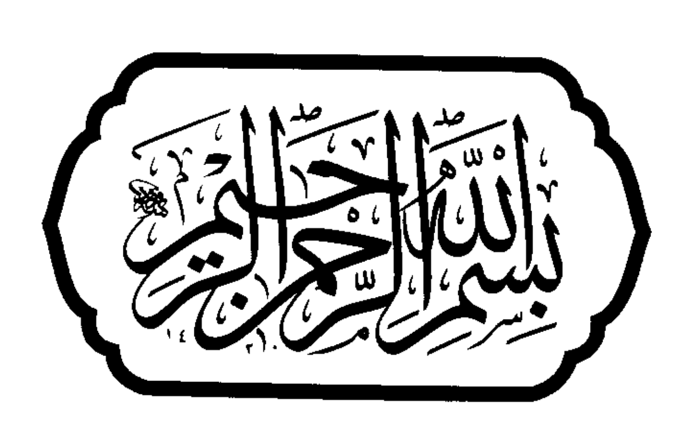


الوضوح
للشيخ ابن هداية الله أبي بكر المصنف (١٠١٤هـ)
شرح المحرر
في فقه الإمام الشافعي (٢٠٤هـ)
للإمام أبي القاسم عبد الكريم الرافعي
دراسة وتحقيق
الدكتور عبد الله ابن الملا محمود الآرمزدي
المجلد الرابع
من كتاب البيع إلى نهاية كتاب القراض
دار إحسان للنشر والتوزيع


بسم الله الرحمن الرحيم



لِلشَّيخ ابنِ هِدايةِ اللهِ أبي بكرٍ المُصنِّفِ (١٠١٤هـ)



لِلإمامِ أبي القاسمِ عبدِ الكريمِ الرافِعيِّ (٢٠٤هـ)

دِراسةٌ وتحقيقٌ:

الدكتورُ عبدُ اللهِ ابنِ المُلّا محمودِ الآزمرديِّ

المُجلَّدُ الرابعُ

مِن كِتابِ البَيعِ إلى نِهايةِ كِتابِ القِراضِ

مصنف، ابوبکر بن هدایةالله، -۱۰۱۴ق.
الوُضُوح شَرح المحرَّر فِي فِقه الامَام الشَّافِعِي
للشیخ ابن هدایةالله ابی بکر المصنف
دراسة و تحقیق: عبدالله ابن الملّا محمود الآرمردي
دار نشر احسان، ۱۴۴۲ق - ۲۰۲۱م ۸ج
الرقم الدولي: ۳-۶۰۳-۳٤۹-۶۰۰-۹۷۸؛

الموضوع: رافعي قزویني، عبدالکریم بن محمد، ۶۲۳ق.
المحرر في فقه الامام الشافعي - نقد و تفسیر فقه شافعي؛
الآرمردي، عبدالله محمود؛ المحرر في فقه الامام الشافعي.
رده بندی کنگره: ۲/ ۱۷۶ BP
رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۳۳
شماره کتابشناسی ملی: ۵۸۵۰۶۶۴

ج۱: ۷-۰۵۸۰-۳٤۹-۶۰۰-۹۷۸ ج۲: ۱-۵۹۵-۳٤۹-۶۰۰-۹۷۸
ج۳: ۵-۵۹۷-۳٤۹-۶۰۰-۹۷۸ ج٤: ۲-۵۹۸-۳٤۹-۶۰۰-۹۷۸
ج۵: ۹-۵۹۹-۳٤۹-۶۰۰-۹۷۸ ج۶: ۲-۶۰۰-۳٤۹-۶۰۰-۹۷۸
ج۷: ۹-۶۰۱-۳٤۹-۶۰۰-۹۷۸ ج۸: ۶-۶۰۲-۳٤۹-۶۰۰-۹۷۸



دار إحسان للنشر والتوزيع

الوُضُوح شَرح المُحَرَّر (المجلد الرابع)

المؤلف: الشيخ ابن هداية اللة أبوبكر المصنف الچوري
دراسة و تحقيق: الدكتور عبدالله ابن الملّا محمود الآرمردي (مع الإفادة من تحقيقات المحققين)
راجعه و صححّه: د. آرش احمدي - د. ابوبكر أحمدي - د. سارا قادري

التصميم: أميد مقدّس - فرزانه هاشملو
الناشر: دار إحسان للنشر والتوزيع
المطبعة: مهارت
العدد المطبوع: ۱۰۰۰ مجموعة
الطبعة الأولى: ١٤٤٢ هـ.ق ٢٠٢١-م. ١٤٠٠ هـ.ش.
الرقم الدولي: ۲- ۵۹۸ - ۳٤۹- ۹۷۸۶۰۰
الرقم الدولي للمجموعة: ۳-۶۰۳-۳٤۹-۹۷۸۶۰۰

دار نشر إحسان: ايران، طهران، شارع انقلاب، أمام جامعة طهران، مبنى فروزنده، رقم ٤٠٦
هاتف: ٩٨٢١٦٦٩٥٤٤٠٤+ رمز البريدي: ١١٤٩٥٣٨٥ www.nashrehsan.com

فهرس الموضوعات



كتاب البيع [1]

الحمد لله الذي وفقني لإتمام الربع الأوّل من كتاب الوضوح على وفق [الأماني]، وحرّك دواعي شوقي إلى الشروع في [الربع] الثاني، وأرجو من فضله أن يوفقني لإتمامه حسب [الآمال]، ويُعينني على اختتامه في المآل في أحسن الأحوال، فإنّه وليُّ [الإجابات] ومعطي المرغوبات.

لما فرغ المصنف رحمه الله تعالى من ركن العبادات شرع في ركن [المبايعات].

ووجه التقديم والتأخير قد مرَّ في أول الكتاب [2].

قال نَوَّر الله ضريحه: (كتاب البيع) وهو في اللغة: المبادلة مطلقاً، وكذا الشراء سواء كانت في الأموال وغيرها [3]، وما قيل: إنه من باع بمعنى مدَّ [الذراع] فضعيف؛ لأنَّ هذا يائيٌّ وذاك واويٌّ [4].

---

(١) تبدأ هذه الحصة في مخطوطة بيارة من اللوحة (٢٠٨)، وفي بقية المخطوطات المتوفرة لديّ من المجلد الثاني من بداية المجلد المخطوط، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات من اللوحة (٦٣٨٢) لتهري بعض صفحاتها من بداية المجلد وتلفها.

(٢) أحياناً يحيل الشارح على مسائل في الوضوح وهي غير موجودة فيه، وهذه المسألة منها.

(٣) التعريفات للجرجاني (٦٨)، وأنيس الفقهاء للقونوي (١/ ٧٢).

(٤) أي: الباع عينه واو والبيع عينه ياء، وشرط صحة الاشتقاق موافقة الأصل والفرع في جميع الأصول، وهناك وجه آخر لضعف هذا القول، وهو أن البيع مصدر والمصادر غير مشتقة عند بعض. ينظر: الصحاح (٣/ ١١٨٩)، ولسان العرب (٨/ ٢٣) مادة: (بيع).

وفي الشرع: عبارة عن تمليك مال متقوِّم[١] وتملُّكِه على التأبيد بعوضٍ ماليٍّ.

فإن وجد تمليك المال بالمنافع فهو إجارة أو نكاح، وإن وجد مجاناً فهو هبة.

***

مشروعية البيع

وهو عقد ثبت مشروعيته بالكتاب والسنة والعقل. أما الكتاب: قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ (البقرة:٢٧٥)، وقال: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾[٢] (النساء:٢٩).

وأما السنة: [فما] روي: «أنه قيل: يا رسول الله أيُّ الكسبِ أطيَبُ؟ قَالَ: «عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ، وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ»[٣] الحديث.

وأما العقل: فهو أن الحاجة [ماسة] إليه؛ لأنَّ الناس محتاجون إلى أعواض [السلع] والطعام والشراب الذي في أيدي بعضهم، ولا طريق لهم إلا بالبيع والشراء؛ [فإنّ ماجُبِلَت] عليه[الطباع] من الشح والضنة وحب المال يمنعهم من إخراجه بغير عوض، فاحتاجوا إلى المعاوضة [فوجب] أن تشرع؛ دفعاً للحاجة.

***

---

(١) المال المتقوم: كل ما كان محرزاً بالفعل، وأباح الشرع الانتفاع به كأنواع العقارات والمنقولات والمطعومات ونحوها. الفقه الإسلاميّ وأدلتهُ (٤/ ٢٨٧٩)، وينظر: القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً (٣١١)، ومعجم لغة الفقهاء (٣٩٧).

(٢) تكملة الشاهد في الآية: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾

(٣) حديث الصحابي رافع بن خديج: رواه أحمد في مسنده (٢٨/ ٥٠٢)، رقم (١٧٢٦٥). والبزار في البحر الزخار (٩/ ١٨٣)، رقم (٣٧٣١)، وقَالَ: " لا نعلم أحداً أسنَده عن المسعودي إلاَّ إسماعيل بن عمر وقد رواه غير إسماعيل فقال: عن عبَيد بن رفَاعة ولم يقل عن أبيه"، والحاكم في المستدرك: كتاب البيوع (٢/ ١٣) رقم (٢١٦٠)، والبيهقي في شعب الإيمان (٢-/ ٤٣٤ - ٤٣٥ - ٤٣٦)، رقم (١١٧١ - ١١٧٣ - ١١٧٤)، قال الهيثمي: فيه المسعودي وهو ثقة ولكنه اختلط وبقية رجال أحمد رجال الصحيح، وقال عن حديث الطبراني الذي اخرجه عن ابن عمر: رجاله ثقات، ينظر مجمع الزوائد (٤/ ١٠١)، وذكر ابن حجر بأن الحديث قد اختُلف في إسناده، وأيضاً اختلف في وصله وإرساله، فرجّح بعضهم الإرسال، وأن للحديث شواهد منها ما رواه الطبراني في الأوسط من حديث ابن عمر بسند لا بأس به. ينظر: بلوغ المرام من أدلة الأحكام (٢٢٧).

أركان البيع

ولا يتحقق البيع إلا بالمتعاقدين، والمعقود عليه، وما يدل على الرضى من الطرفين وهو اللفظ، فبدأ به؛ لأنه أول [الأركان]، وللاختلاف[فيه] فقال:

(**لا يصح البيع إلا بالصيغة**) وهو من الصوغ: وهو صبُّ التبر في القالب[١]، سُمي اللفظ صيغة؛ لأنه قالب المعاني؛ تسمية للظرف بأسم المظروف (**وهي الإيجاب**) وهو الإثبات [لغةً]، وفي الشرع: قولٌ دالٌّ على التسليط على شيءٍ لم يكن قبله (**بأن يقول البائع: بعتُ أو ملكتُ**) هما نُقلا من الإخبار إلى الإنشاء ضرورةً؛ ليصح المعنى (**والقبول**) [وهو] تصادف الشيء بالشيء وضعاً أو طبعاً، لغةً.

وفي الشرع: قول دالٌّ على التسليط على الشيء[٢]من غير سبق (**بأن يقول المشتري: اشتريتُ، أو تملكتُ، أو قبلتُ**)، وإنما شرط اللفظ؛ لأنَّ صحة البيع مشروط برضى العاقد المصرَّح به في قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ (النساء:٢٩)، والرضا مما لا يطلع عليه، [فاعتبر] اللفظ؛ ليدل عليه.

***

حكم البيع بالمعاطاة

وحصره يدل على عدم صحة [البيع] بالمعاطاة[٣] مطلقاً، سواء في المحقرات أوغيرها، وهو كذلك عند الجمهور[٤].

وقال الغزالي: يصح في المحقرات دون النفائس والكثير[٥].

---

(١) ينظر: الصحاح (٤/ ١٣٢٤)، مادة: (صوغ)، والمعجم الوسيط (١/ ٥٩).

(٢) وفي (ج): (شيء)

(٣) بيع المعاطاة ويقال فيه أيضاً البيع بِالتَّعَاطِي: لغةً مصدر تَعَاطَى وَهوالمُنَاوَلَةُ وَالمُبَادَلَةُ، وشرعاً أن يناول المشتري الثمن للبائع فيناوله البائع السلعة دون إيجاب ولا قبول. ينظر: لسان العرب (١٥/ ٦٨) مادة: (عطا)، ومعجم لغة الفقهاء (٤٣٧).

(٤) ينظر: العزيز (٤/ ١٠).

(٥) ينظر: إحياء علوم الدين (٢/ ٨١)، و في الوسيط والوجيز لم يجز البيع بالمعاطاة مطلقاً. ينظر الوسيط (٢/ ٦١).

وقيل: [في كل] مايعدُّه العرف بيعاً، واختاره النووي[1].

وقيل: يصح مطلقاً؛ لأنَّ المعاطاة تدل على الرضى [المقصود من الإيجاب.

وأُجيب: بأن الأفعال مترددة في الدلالة على المعاني؛ لأنَّ دلالتها ليست بالوضع]، بخلاف الألفاظ.

(ويجوز أن يتقدم لفظ المشتري على لفظ البائع)؛ لدلالته على الرضا المقصود من اللفظ.

وقضية إطلاقه [جواز تقدم كل لفظ يقتضي [الرضا] [ولو قبلتُ]، وهو كذلك، فقد جزم [به] في الشرحين، والنووي في الروضة، وقال الإمام: لا يجوز تقدم [لفظ قبلت]؛ إذ لا يجوز أن يترتب عليه شيء، ومن شرط الاستيجاب أن يترتب الشيء عليه[2]، فالإمام ناظر إلى اللفظ [والجمهور إلى المعنى].

ويستثنى [البيع] الضمني: وهو أن يقول أعتق عبدك [عنِّي على كذا، فعتق فيدخل في ملك الملتمس قُبَيل العتق ثم يترتب العتق [على ملكه ويلزم العوض].

(والأصح) من القولين **(قيام الاستيجاب)** وهو طلب الإيجاب كالاستيهاب **(وهو قوله: بعني)** وما أشبهه **(مقام قوله: اشتريت)** حتى لو قال المشتري: بعني، فقال البائع: بعتُ، فلا يحتاج المشتري إلى قوله: اشتريت ثانياً؛ لدلالته على المقصود و [هو] الرضا والإرادة[3].

والثاني: لا يقوم، بل لا بدَّ أن يقول المشتري [ثانياً] بعد قوله: "بعتُ": اشتريتُ؛ لأنَّ بعني محتمل لاستبانة الرغبة وإِظهار الداعي [من البائع].

وأُجيب: بأنّ الطلب يوافق الإرادة غالباً كما في النكاح، والنادر لا يضرُّ القواعد الكلية.

***

---

(١) الروضة (٣/ ٥)، والمجموع (٩/ ١١٦)،.

(٢) العزيز ط العلمية (٤/ ١٠)، وروضة الطالبين (٣/ ٣٣٨)، وعجالة المحتاج (٢/ ٦٧١).

(٣) وهذا القول رجحه أغلب الشافعية. ينظر: العزيز (٤/ ١١)، والروضة (٣/ ٥)، وقال: إنه من الوجهين.

البيع بالكناية

(وأنه) أي: والأصحّ أنه، لكن من الوجهين بخلاف الأول، والمصنف لا يبالي بذلك، إذ لا يلتزم بيان الوجهين، أوالقولين، أوالطريقين[١]، أوغيرها بوضع الألفاظ لها كما [التزمها]النووي[٢] **(ينعقد البيع بالكنايات)** وهو كل لفظ يحتمل البيع وغيره، ولا بدَّ فيه من النية؛ ووجهه أنه لا يشترط فيه الإشهاد [فلا يحتاج] إلى التصريح.

والثاني: لا ينعقد بها؛ لأنَّ المخاطب لا يدري أنه مخاطب بالبيع أم بغيره.

ورُد: [بأن] ذكر الثمن يصرفه عن إرادة الغير[٣].

ومحل الخلاف فيما إذا لم يتوفر القرائن على إرادة البيع، فإن توفرت وجب أن يصح قطعاً، [صرح] به الإمام[٤].

[واذا شرط] الموكل على الوكيل الإشهاد عند البيع فلا ينعقد بها جزماً؛ لأنَّ الشهود لا يطلعون على النية، [فإن وفرت] القرائن؛ قال الغزالي- أخذاً من كلام الإمام-: الظاهر إنه ينعقد[٥].

(كقوله: جعلته لك بكذا)، أو خذه بكذا، أو أذهب به [بكذا، أو] هو لك بكذا، ونحوها.

ولو قال: أسلمتُ [إليك] هذا بكذا ونوى البيع فهو كناية، خلافاً لأحمد؛ لمنافاة السلم العين.

***

---

(١) ينظر: المجموع (١/ ١٠٧).

(٢) حيث ذكر بأنه إذا قال: الأظهر أو المشهور فهو من القولين أو الأقوال، وإذا قال: الأصحّ أو الصحيح فهو من الوجهين أو الأوجه، وإذا قال المذهب فمن الطريقين أو الطرق. ولم يلتزم الرافعي بهذا المنهج فتراه احياناً يقول: أصحّ القولين، أو: أظهر الوجهين.

(٣) ينظر كنز الراغبين بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٩٣).

(٤) نهاية المطلب (٥/ ٣٩٣).

(٥) ينظر: الوسيط في المذهب (٢/ ٦١).

شروط الصيغة

(ويشترط أن لا يطول الفصل بين لفظي المتعاقدَين)، [والحاكم] العرف[١].

وقيل: ما يُشعر بإعراضه عن القبول، واختاره النووي في شرح المهذب[٢]، وذلك [بخروجه] أن يكون جواباً عن الأول، ويقاس على الفصل الطويل تخللُ كلام [أجنبي] بين الإيجاب والقبول ولو كلمة [واحدة؛ لشعورها] بقطع التخاطب.

والمراد بلفظهما: الإيجاب والقبول، وما يستحب فيهما، وما يذكر لمصالح [العقد]: كشرط الإشهاد والرهن والكفيل.

(و) يشترط **(أن يكون القبول على وفق الإيجاب)** معنىً؛ ليصلح جواباً له، ولا يكون أجنبياً [عنه **(فلو قال]: بعتُ بالف صحيحة، فقال: اشتريتُ بألف مكسرة، أو بالعكس، لم يصح)** البيع؛ لما ذكرنا.

ولا يضر مخالفة اللفظ إذا كانا متوافقين معنىً، حتى لو قال البائع: أشتريتَ، أو ملَكتَ، وقال المشتري: ابتعتُ، أوقال المشتري: بعني، فقال البائع: [ملَّكتُ أو] شرَيتُ، صحَّ البيع؛ اعتباراً بالمعنى.

فلو قال: بعتك هذا بألف، فقال المشتري: قبلت نصفه بخمسمائة، [لم يصح جزماً].

ولو قال: بعتك بألف، ونصفه بخمسمائة، فقال المشتري: فَقَالَ قبلت نصفه بخمسمائة [ونصفه بخمسمائة][٣]، قال المتولي: صح[٤]. [واستشكله] المصنف بأنه عدّد الصفقة، وغرضُ البائع اتحادُه والنصُّ على تسوية النصفين[٥].

---

(١) العُرفُ لغةً: كل ما تَعرِفُهُ النفس من الخير وتطمئنُّ إليه، وهو ضدُّ النُكْرِ، واصطلاَحًا: مَا استقرَّت النّفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطَّبائع بالقبول. ينظر: الصحاح (٤/ ١٤٠١)، ولسان العرب (٩/ ٢٣٦) مادة: (عرف)، والتعريفات (١٩٤).

(٢) المجموع (٩/ ١٢١)، والعزيز (٤/ ١٤).

(٣) زيادة يقتضيها تصحيح النص، كما في العزيز ط العلمية (٤/ ١٤)، والمجموع (٩/ ١٧٠).

(٤) لأنّه تصريح بمقتضى الاطلاق.

(٥) والإشكال هو: أن تفصيل الثمن من موجبات تعدد الصفقة، واذا كان كذلك فالبائع هاهنا أوجب بيعةً واحدة والقابل قبِل بيعتين لم يوجبهما البائع، فالمخالفة ظاهرة. ينظر: العزيز (٤/ ١٤).

وقال النووي في شرح المهذب: الظاهر الصحة، وفسادُ العقد لو قبل بألف وخمسمائة، وقال القفال: صح العقد ولا يلزمه إلا ألف[1].

***

بيع الأخرس وشراؤه

(وإشارة الأخرس) باليد [والعين والرأس] والشفتين ضماً وانفراجاً **(كعبارة الناطق)** في صحة البيع وغيره بها، وانقسامها على الصرائح والكنايات، وسيجيء الفرق بينهما في كتاب الطلاق.

ويصح منه الحلول أيضاً كالطلاق، والإعتاق، والفسخ، والإقالة، والرد بالعيب، [والاسترداد] بالإفلاس.

***

شروط المتعاقدين

(ويعتبر في المتعاقدين التكليف) فلا يصح بيع المجنون والصبي ولو كان مميزاً، [أو بإذن الولي، خلافاً] لأحمد[2]، فلا يرد السكران وإن قلنا: إنه [غير] مكلف؛ لأنه مؤاخذ بأقواله؛ زجراً وتغليظاً عليه فكأنه مكلف، فيصحُّ بيعه، [ولا المحجور عليه] بالسفه، فإن الحجر أَلحقه بمن لا يكلف فكأنه غير مكلف.

ومن لا يصح العقد منه لا يصحُّ القبض [منه، بمعنى] أنه لا يدخل في ضمانه ويكون المعطِي مضيِّعَ ماله، ولو أقبض شيئاً فردَّ إليه القابض، لا يخرج عن عهدته وإن [أعلم] وليَّه به، وإنما يخرج بالرد [إلى وليه] أو وكيله أو الحاكم.

واقتصاره على اعتبار التكليف يوهم جواز بيع المكره على البيع بغير حق، وليس كذلك بل لا يصحُّ بيع المكره على البيع إلا بحق، بأن توجه عليه بيع ماله لوفاء دين، أو

---

(١) المجموع (٩/ ١٢١-١٢٢)، و طبع دار الفكر (٩/ ١٧٠)، ونقل الشارح بالمعنى كعادته.

(٢) أي: يصح تصرفها بأذن وليها،وهذه إحدى الروايتين. والرواية الثانية: لا يصح تصرفها إلا في الشي اليسير. ينظر: المغني لابن قدامة (٤/ ١٦٨)، والمبدع (٤/ ٨)، والإنصاف (٤/ ٣٥٥).

شراء مال أسلم إليه فيه فأكرهه الحاكم عليه، فإنّه يصح جزماً.

واعتبر المصنف رحمه الله في الشرحين إسلام من يشتري المصحف، أو كتب الحديث، أو الرقيق المسلم؛ لخوف الإهانة في الأولين، والإذلال في الثالث. وحُكي قولاً قديماً: أنه يصح ويؤمر بإزالة الملك عن الثلاثة[١].

قال النووي: المذهب أنه لا خلاف في الأولين، وإنما الخلاف في الثالث[٢]، وفرّق بأن الرقيق يمكنه الاستغاثة لرفع الذل، بخلاف الأولين.

ولو كان المشتري ممن يعتق عليه الرقيق فالأصح صحة البيع منه؛ لارتفاع الذل عن قريب.

وقيل: لا يصح؛ لوجود الإذلال [بالتملك].

وقال في الكبير: "وشرط مشتري السلاح من السيف، والقوس، والرمح أن [لا يكون حربياً]؛ لأنه يستعين به على قتال المسلمين"[٣]، بخلاف الذمي؛ فإنّه في قبضة المسلمين، وأما غير السلاح فيجوز، وإن كان مما [يجوز أن] يتخذ منه سلاح، كالحديد وأخشاب يصلح للأقداح، ويقاس بما ذكر بيع السلاح [القطاع] الطريق واللصوص.

***

[شروط المبيع: ١- طهارة العين]

(وفي المبيع شروط: أحدها: طهارة عين، فلايصح بيع الخمر، والكلب، والخنزير) وغيرها من نجس العين، كجلد الميتة قبل الدباغ، وما لا يحل بالذبح [فلا يطهر] جلده بالذبح، خلافاً لمالك[٤] وأبي حنيفة[٥].

---

(١) ينظر: العزيز (٤/ ١٧).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ١١).

(٣) العزيز ط العلمية (٤/ ١٣٤).

(٤) ينظر: الاستذكار (٥/ ٢٩٤)، والتاج والإكليل (١/ ٥٣)، وحاشية الخرشي على مختصر خليل (١/ ١٦٥)، والعزيز (١/ ٥٤) وهذه رواية عن مالك، والرواية الثانية: أنه لا يطهر شيءٌ من الجلود بالدباغ من مأكول أو غير مأكول.

(٥) ينظر: البحر الرائق (١/ ٣٨٦و٣٨٨)، أي: إنه يطهر عندهم جلود الحيوانات بالذبح إذا دُبغت مأكولة كانت أو غير مأكولة.

وإنما لا يصح؛ لأنَّ رسول الله «نهى عن بيع الكلب»[١] وقال: «إن الله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير»[٢]، ولأنَّ ما يحرم [عينه] يحرم ثمنه، ولذا طعن في اليهود وقال: «إن الله حرم عليهم الشحم فاتخذوا منه الصابون فباعوه وأكلوا ثمنه»[٣].

(وكذا) لا يصح بيع (ما نجس بعارض ولم يمكن تطهيره كالخل واللبن)؛ لأنهما يصيران كنجس العين.

وقيَّد بعدم إمكان التطهير؛ ليخرج عنه الثوب المتنجس، والجلد المدبوغ قبل الغسل، ونحو القثاء الذي سُقي بماء نجس قبل الغسل، والسكين المسقيُّ بماء نجس، واللحم المقليُّ به قبل السقي، والإغلاء [بالماء الطاهر].

(والدهن كذلك في أصحّ القولين)؛ بناءً على أنّه لا يمكن تطهيره؛ لأنَّ الدهن بطبعه [منافٍ] لاختلاطه بالماء فلا يصل إلى أجزائه[٤].

والثاني: يصح، بناءً على إمكان تطهيره على ما وصفناه في كتاب الطهارة[٥].

ويعارضه حديث البخاري إذا ماتت الفأرةُ في السَّمنِ، حيث قال: «إن كانَ جامداً فألقُوها وما حَولَها، وإن كانَ مائِعاً فلا تَقرَبُوه»[٦]، وفي رواية:

---

(١) لفظ الحديث: «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن» رواه البخاري، رقم (٢٢٣٧)، ومسلم، رقم (٣٩- (١٥٦٧).

(٢) (٤) الحديث بتمامه: «إنَّ الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة، فإنها يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: "لا هو حرام". ثم قال رسول الله عند ذلك: «قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه»، رواه البخاري، رقم (٢٢٣٦)، ومسلم، رقم (٧١- (١٥٨١).

(٣) لم أعثر على حديثٍ بهذا اللفظ، وإنما لفظه كما في الحديث السابق.

(٤) ينظر: العزيز (٤/ ٢٥)، والمجموع (٩/ ١٧١) ورجحه أيضاً.

(٥) ينظر: الوضوح شرح المحرر رسالة ماجستير: كتاب الطهارة: دراسة وتحقيق عبدالله محمود (٢٥١).

(٦) لم نجده عند البخاري بهذا اللفظ، بل بلفظ: «عَن مَيمُونَةَ: أَنَّ فَارَةً وَقَعَت فِي سَمنٍ فَمَاتَت، فَسُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ عَنهَا فَقَالَ: «أَلقُوهَا وَمَا حَولَهَا وَكُلُوهُ»، صحيح البخاري، رقم (٥٥٣٨)، وبلفظ: «بَلَغَنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ بِفَأرَةٍ مَاتَت فِي سَمنٍ، فَأَمَرَ بِمَا قَرُبَ مِنهَا فَطُرِحَ، ثُمَّ أُكِلَ»، صحيح البخاري، رقم (٥٥٣٩)، ولفظ الكتاب في سنن أبي داود ت الأرنؤوط (٥/ ٦٥٤)، و طبع دار الرسالة العالمية (٣/ ٣٦٤) رقم (٣٨٤٢)، والسنن الكبرى للنسائي (٤/ ٣٨٨)، رقم (٤٥٧٠)، وطبع مؤسسة الرسالة- بيروت. (٤/ ٣٨٨)، رقم (٤٥٧٢).

«**فأريقوه**»[(١)]، فلو أمكن تطهيره شرعاً لما قال كذلك.

ولو قلنا بالتطهير ففي صحة بيعه وجهان: الأصح: المنع[(٢)] للحديث.

والثاني: الجواز قياساً على الثوب المتنجس.

[بيع الماء النجس]

ولو نجس الماء، **فقيل**: يصح بيعه لإمكان تطهيره [بالمكاثرة].

والأصح: المنع؛ لأنَّ ذلك ليس بتطهير بل إحالة كالخمر؛ فإنّه يمكن طهارتها بالتخلل مع أنّه لا يصحُّ بيعها وفاقاً.

[٢-المنفعة]

(**والشرط الثاني: المنفعة**) حساً وشرعاً؛ إذ ما لا نفع فيه فلا يتمول فلا يقابل بمال، فيكون أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل، قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ (البقرة: ١٨٨). (**فلا يصح بيع الهوامّ**) جمع هامّة، قال في الصحاح: هي الأشياء ذات السم[(٣)]، كالبعوض والبرغوث والزنابير والزجل وسائر المؤذيات.

وقيل: ما يطير مما لا نفع فيه (**والحشرات**) بفتح الشين: جمع حشرة بمعنى حاشرة لما [يدبّ على الأرض مما لا يقبل التعليم، كالحيات]، والعقارب والخنافس والأرضة والتمتوز والنمل والحمار قبان[(٤)] والشعثاء وغيرها؛ إذ لا نفع لها يقابل بالمال، ولا يرد ما ذكر لها من الخواص في كتب الطب؛ إذ لا يطلع عليه العوام.

ويستثنى: العلق[(٥)]، والنحل، ودود القز، ومن الحشرات: اليربوع، والضب.

---

(١) ذكر الخطابي أن هذه الرواية جاءت في بعض الأخبار ولم يذكر سندا. ينظر: معالم السنن (٤/ ٢٥٧)، والتلخيص (٣/ ٨).

(٢) ونقل الإمام النووي اتفاق الأصحاب عليه، ينظر: المجموع (٩/ ١٧٢).

(٣) الذي في الصحاح (٥/ ٢٠٦٢): "والهامة: واحدة الهوام، ولا يقع هذا الاسم إلا على المَخوفِ من الأحناش"، وفي النهاية في غريب الحديث والأثر (٥/ ٢٧٥): "الهَامَّةُ: كُلُّ ذاتِ سَمٍّ يَقتُل".

(٤) الحمارقبان: هي دويبة صغيرة لازقة بالأرض ذات قوائم كثيرة تشبه الخنفساء، وهي أصغر منها، إذا لمسها أحد اجتمعت كالشيء المطوي. المصباح المنير (ص:٨١) مادة: (حمر)، والمعجم الوسيط (١/ ١٩٦).

(٥) العلق: بفتح العين واللام: دود أسود وأحمر، يكون بالماء يعلق بالبدن ويمص الدم، وهو من أدوية الحلق

(والسباع التي لا ينتفع بها) نفعاً شرعياً: كالأسد، والذئب، والنمر، والبَبِر[١]، والقردة، والدب، وما في معناها.

وإنّما قيدنا بقولنا: نفعاً شرعياً؛ ليخرج اقتناء الملوك إياها للسياسة فإنها ليست من المنافع المعتبرة شرعاً.

وخرج بقوله: "لا ينتفع بها" السباع النافعة: كالضبع والثعلب ونحوهما للأكل، والفهد والفيل للصيد والقتال.

(ولا بيع الحبة والحبتين [من الحنطة] والشعير) وسائر الحبوب؛ لأنَّ ذلك مما لا يتمول وإن حرم الأخذ ووجب الرد، ويكفر من استحلّ الأخذَ وعدمَ الرد.

وتفسيرُ الحبة بنحو الحنطة مشعرٌ بجواز بيع حبة وحبتين مما فيه نفع: كاللآلي، واليواقيت، والمرجان، والفيروزج، ونحوها من المعدني.

وكذا حبة من حب السلاطين، وبزر القطونا، والقرنفل[٢]، والبسباسة، ونحوها من النباتي فإنها نافعة مفردة.

(ولا بيع آلات الملاهي) كالمزامير، والطنبور، والبَرْبَط[٣]، والصَنج[٤]، والطبول سوى طبل الحرب، والنايات كلها حتى الناي أنبان، دون الشهين، خلافاً للنووي.

وكذا الصرناء على الأصحّ دون الكرناء؛ لأنها لنفير الجيش، وقد سُمي به؛ تسميةً للشيءباسم سببه مجازاً.

والأورام الدموية؛ لامتصاصه الدم الغالب على الإنسان. حياة الحيوان الكبرى للدميري (٢/ ٢٠٥)، وينظر: الصحاح (٤/ ١٤٢٩) مادة (علق).

(١) والببر: ضرب من السباع على صورة الأسد الكبير، شبيه بابن آوى، أبيض يلمع بصفرة وخطوط سود، وهو هندي معرب. حياة الحيوان الكبرى (١/ ١٦٤)، والمصباح المنير (٢٤) مادة: (ببر)، والمعجم الوسيط (١/ ٣٧).

(٢) القرنفل: جنس أزهار مشهورة تسمى المشتري وهي من الفصيلة القرنفلية وتطلق أيضاً على جنبة من الفصيلة الآسية تزرع في البلاد الحارة لاستعمال أزهارها المجففة تابلاً. المعجم الوسيط (١/ ٥٤)، و (٢/ ٧٣١).

(٣) البربط: من ملاهي العجم تُشبه العُود، وهو مُعَرَّبٌ. ينظر: العين (٧/ ٤٧٢)، والنهاية (١/ ١١٢).

(٤) والصنج: لفظ مُعَرَّبٌ، وهي صحيفة مدورة من نحاس ونحوه تضرب إحداهما بالأخرى تثبت على الدف لتعطي صوتاً معيناً حسب ضربة الضارب به، أو تثبت في الأصابع يضرب بها الراقصون ونحوهم. المعجم الوسيط (١/ ٥٢٥)، ومعجم لغة الفقهاء (٢٧٧).

وإنما لا يصح بيعها؛ لتحريم الشرع إياها، فأُلحقت بما لا نفع فيه، فلا يصحُّ بيعها، سواء كان رُضاضها[1] يعدُّ مالاً أو لا.

وألحق بها بعضهم أواني الذهب والفضة؛ لأنها محرّمة الاستعمال كآلات الملاهي، والأصحّ جواز بيعها؛ إذ قد يقَصد بها حيازة المال.

(**وفي وجه: يجوز بيعها إذا كان رُضاضها**) بضم الراء، أي: مكسّرها ومفرَّقها (**يعد مالاً**)؛ إذ فيها نفع متوقع، فهو كالجحش الصغير؛ فإنّه لا نفع فيه حالة البيع، ويتوقع نفعها مآلاً.

وأُجيب: بأنّ بيعها على صورتها لا يُقصد منها غير ما صُنع لها وهو اللهو المحرم.

(**ويجوز بيع الماء والتراب في الصحراء**) لمن أخذهما، وإن عم وجودهما وسهل لكل أحد أخذهما بلا تعب (**على الأصح**) من الوجهين؛ لظهور المنفعة فيهما، مع جواز أن لا يقاسيَ غيرهُ اخذَهما؛ ترفهاً وتنعماً.

والثاني: لا يجوز؛ إذ [لا تعب في تحصيلهما] لأحد، فصرفُ المال [إليهما] سفهٌ لا يترتب عليه نفعٌ.

وأُجيب: بأنَّ إمكان تحصيلهما بلا تعب لا يقدح في أصل المنفعة.

[٣- القدرة على التسليم]

(و) الشرط (**الثالث**) في المبيع: (**القدرة على التسليم**) ليوثق بحصول العوض ودفع الغرر والضرر عن كلا الطرفين (**فلا يجوز بيع الضالّ والآبق والمغصوب**)؛ لحصول العجز عن التسليم حالة العقد، ولا يفيد توقع القدرة من بعد، ويقاس عليها بيع الشاة الشاردة، والإبل النادّ، والحَمامِ الخارجِ من البرج؛ لعدم الوثوق بالعود.

(**لكن لو باع المغصوب ممن يقدر على انتزاعه، فأصح الوجهين صحته**)؛ إذ المقصود وصول المشتري إلى المبيع وقد حصل.

والثاني: لا يجوز؛ لعجز البائع عن التسليم، وهو أحد [شروط صحة] العقد، ولو

---

(١) أي: مكسرها، ورضاض الشيء: فتاته. الصحاح (٣/ ١٠٧٨)، ولسان العرب (٧/ ١٥٤) مادة: (رضض).

قدر هو أيضاً صح قطعاً، وكذا لو باعه من الغاصب.

والاقتصارُ على استدراك المغصوب يوهمُ عدم الجواز في الآبق والضال، وليس كذلك، بل لو باع الآبقَ ممن يسهل عليه رده، والضالَّ ممن يسهل عليه مصادفته ففيه الوجهان.

قال الأزهري: الضال يستعمل في الحيوان آدمياً أو غيره،[١] والمفقود عام.

(ولا يجوز بيع نصف معين) بإشارة حسية **(من إناء أو سيف ونحوهما)** مما تنقص منفعته بالكسر، أو[تبطل]:كثوب نفيس، أو حجر الرحى؛ لأنَّ في كسرها تضييعاً للمال، وتعطيلاً لمنافع الأموال، وهو ممتنع شرعاً، فيكون عجزاً عن التسليم شرعاً **(وليس كذلك الثوب الذي لا ينقص بالقطع)** كالكرباس[٢]، والحرير الذي لا يعتاد بيعه إرباً إرباً **(في أصحّ الوجهين)**؛ إذ ليس فيه تضييع مال ولا تفويت منفعة، فأشبه ما لو كان مفرزاً[٣].

والثاني: لا يجوز فيه أيضاً؛ لأنَّ قطعه لا يخلو عن تغيير عين المبيع.

ونقل المصنف وجهاً في الثوب النفيس؛ إذ البائع قد رضي بالضرر، ثم قال: والقياس طرده في السيف والإناء[٤].

قال النووي: من أراد شراء ذراع مثلاً من ثوب حيث لا يصح، فالطريق أن يواطئ صاحبه على ذلك، ثم يقطعه، ثم يشتريه، فيصح بلا خلاف[٥].

وقوله: "معين" يشير به إلى جواز الجزء الشائع من الإناء ونحوه، فيصح، ويصير مشتركاً بين البائع والمشتري.

وذكرُ الإناء والسيف ونحوهما مشعرٌ بأن ما سوى ذلك كالأراضي مثلاً يجوز بيع

---

(١) ينظر: الزاهر (٢٦٥)، رقم (٥٧٣).

(٢) الكرباس: هو ثوب غليظ من القطن. المعجم الوسيط (٢/ ٧٨١) بالكردية: جاوي نه شوراو.

(٣) وهذا الوجه رجحه الغزالي في الوجيز (١/ ١٣٤)، والرافعي ونسبه إلى الجمهور. ينظر: العزيز (٤/ ٣٧).

(٤) ينظر: العزيز (٤/ ٣٧).

(٥) ينظر: المجموع (٩/ ٢٣٢).

ذراع [معين] منها؛ لحصول التمييز فيها بين النصيبين بالعلامة من غير ضرر، وقد صرح بذلك غير واحد، لكن قال المصنف في الكبير: " ولك أن تقول: قد تتضيق مرافق البقعة بالعلامة، وتنقص القيمة، فليكن الحكم في الأراضي على التفصيل في الثوب" [١].

(**ولا يصح بيع المرهون بغير إذن المرتهن**)؛ لأنه محجور فيه لحق المرتهن، فيكون معجوزاً عنه شرعاً

(**وكذا**) لا يصح (**بيع العبد الجاني**) بغير إذن المجني عليه، فإنّه بمنزلة المرتهن (**الذي تعلق برقبته المال، في أصحّ القولين**)؛ لأنَّ حق المجني عليه قد تعلق برقبته كتعلق حق المرتهن بالمرهون، بل هذا التعلق آكد؛ لوجوب تقدم حق المجني عليه على حق المرتهن [فيما اذا] جنى العبد المرهون، وهذه الصورة مما يمتنع التسليم شرعاً؛ لإفضائه إلى فوات حق الغير.

والثاني: يصح في الموسر دون المعسر، ويكون البيع كاختيار الفداء.

وقيل: يصح في المعسر أيضاً؛ لإمكان تحصيل حق المجني عليه بالاكتساب، وسؤال الصدقات.

فإن قلتَ: مالفرق بين العبد الجاني، والمرهون، حيث قطعوا بعدم الجواز في المرهون واختلفوا [في العبد] الجاني؟

قلتُ: إن حق المجنيِّ عليه ثبت من غير أختيار المالك، بخلاف حق المرتهن.

وإذا باع الموسر وقد صححنا البيع، فيكون مختاراً للفداء، فلا يجوز له فسخ البيع.

وقيل: هو مخير، إن أفدى أمضى البيع، والا فسخ، ولوباع بعد اختيار الفداء صح جزماً.

***

---

(١) العزيز (٤/ ٣٧).

تعلق المال برقبة العبد وبذمّته

وصورة تعلق المال برقبته: أن يجني خطأً، أوشبه عمد، أو عمداً وعُفي على مال، أو أتلف مالاً بإذن السيد، وكذا دونه على الأَصح

(ولا أثر لتعلقه) أي: المال **(بذمته)** وهو أن يُتبَع بعد العتق ولا يباع فيه ولا يؤاخذ به السيد، بأن اشترى شيئاً بغير إذن السيد وتلف في يده أو أتلفه، أو أقرّ بجناية وكذّبه السيد، وإنما يصح بيعه؛ لأنَّ البيع وارد على الرقبة ولا تعلق لرب الدين بها[1] **(وكذا)** لا أثر **(لتعلق القصاص به)** أي: بالعبد، أي: برقبته **(على الأصحّ)** من القولين[2]؛ لأنَّ احتمال السلامة قائم؛ إذ قد يُعفى [عنه].

والثاني: له أثر، فيمنع صحة البيع؛ إذ قد يعفى على مال فيتعلق حق المجنيّ عليه بذلك المال فيكون كالمرهون.

وإنما فسرنا قوله: "به" بالعبد [أي:] رقبته؛ لأنَّ تعلق القصاص بعضوٍ منه غير مؤثر قطعاً، لكن يثبت به خيار الرد.

[٤- الملك لمن له العقد]

(والرابع: أن يكون مملوكاً لمن له العقد) وهو العاقد إن كان مالكاً، والموكِل إن كان وكيلاً، والمولّى إن كان ولياً، فلا بُدَّ أن يكون مملوكاً لأحد الثلاثة.

ولو قال: " الرابع: أن يكون للعاقد عليه ولاية " لكان أحسن؛ لئلّا يدخل فيه الفضولي؛ فإنّه ممن يبيع ما هو مملوك لمن له العقد؛ لأنه يبيع مال الغير، والمال والعقد له، والغرض إخراجه، اللهم إلا أن يُؤوَّل بحذف المضاف، أي: لمن له ولاية العقد بقرينة المقام، وهو أن الغرض إبطال عقد الفضولي.

***

---

(١) يراجع شرح المحلي وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠٠).

(٢) والمذهب عند الجمهور القطع بالصحة. مغني المحتاج (٢/ ٣٧١)، والعزيز (٤/ ٣٩)، وروضة الطالبين (٣/ ٢٤).

بيع الفضوليّ

(فالجديد) المنصوص عليه في رواية البويطي (أنه يلغو بيع الفضوليّ) هو الذي يباشر العقد لغيره بغير إذنه[١]، سُمي فضولياً؛ لأنه يأتي بما هو فضلة، أي: زائدة على الأصل؛ إذ الأصل في العقود جريانها برضا المالك، وإنما يلغو بيعه؛ لأنه ليس بمالك، ولا وكيل، ولا ولي، وقد روى أبو داود: أنهﷺ قال: «لا بيع إلّا في ما تملك»[٢].

وقوله: "مملوكاً " أي: ملكاً تاماً؛ لأنَّ الأشياء عند الإطلاق تحمل على الفرد الكامل، فلا يرد عدم جواز بيع المبيع قبل القبض.

(وفي القديم) المنصوص عليه في رواية الزعفراني: أنه (ينعقد موقوفاً: فإن أجاز المالك نفد، وإلا لغا[٣]؛ لأنَّ العقد يحتمل التوقف، والأصل في العقود إمضاؤها، ولا يترتب عليه غرر[٤]، ولا يؤدي إلى مفسدة، وبه قال أبو حنيفة[٥].

ويجري الخلاف في ما لو اشترى لغيره بعين ماله بلا إذنه، أو في ذمته كذلك.

وفي ما لو أعتق رقيق الغير، أو زَوّج بنته أو أمته، أو طلّق زوجته، أو آجر داره، أو زوّج رجلٌ امرأةً وهي غائبة، أو امرأةً رجلاً وهو غائب؛ فلو قضى قاض بالقديم لم ينقض؛ لأنه من الاجتهاديات.

---

(١) ينظر: الأم (٣/ ٢٩٢)، وقال: إن صح حديث عروة البارقي فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير أذنه ثم رضي فالبيع والعتق جائزان. قال النووي: وقد صح حديث عروة البارقي فصار للشافعي قولان في الجديد،أحدهما موافق للقديم. المجموع (٩/ ١٨٩).

(٢) الحديث بتمامه: «لاَ طَلاَقَ إِلاَّ فِيمَا تَمْلِكُ وَلاَ عِتقَ إِلاَّ فِيمَا تَمْلِكُ وَلاَ بَيعَ إِلاَّ فِيمَا تَمْلِكُ»، أخرجه أبو داود، رقم (٢١٩٠)، والنسائي، رقم (٤٦١٢)، وحسن الألباني إسناده؛ للخلاف المعروف في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وللحديث شواهد، ينظر: إرواء الغليل (٦/ ١٧٣)، رقم (١٧٥١).

(٣) ينظر: الأم (٣/ ٢٩٢).

(٤) الغرر لغة: الخطر والخُدعَةُ، وتعريض المرء نفسه أو مَالَهُ لِلهَلَكَةِ، واصطلاحاً: ما يعرِّفه الشارح.

(٥) ينظر: المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٥٣)، وشرح فتح القدير (٧/ ٥١)، وحاشية ابن عابدين (٧/ ١٤)، ودليله حديث عروة البارقي: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِﷺ بَعَثَ مَعَهُ بِدِينَارٍ يَشتَرِي لَهُ أُضحِيَّةً، وَقَالَ مَرَّةً: أَو شَاةً، فَاشتَرَى لَهُ اثنَتَينِ، فَبَاعَ وَاحِدَةً بِدِينَارٍ، وَأَتَاهُ بِالأُخرَى، فَدَعَا لَهُ بِالبَرَكَةِ فِي بَيعِهِ». مسند أحمد مخرجا (٣٢/ ١٠٠)، رقم (١٩٣٥٦).

(ولـو بـاع مـال مُورثـه) بضـم الميـم وسـكون الـواو (عـلى ظـن حياتـه) عـلى أن يكـون فضوليـاً (فبـان أنّـه) أي: المُـورَث (كان ميتـاً) بسـكون اليـاء (يومئـذٍ) أي: يـوم إذ بـاع فيـه مـال مورثـه فضوليـاً (فالأظهـر) مـن القولـين (صحـة البيـع)؛ لمصادفـة البيـع ملكـه فبـان أنّـه لم يكـن فضوليـاً في مـا بـاع[١].

والثـاني: عـدم الصحـة؛ بنـاءً عـلى ظنـه أنـه ليـس ملكـه، فـلا يكـون عـلى الصحـة حالـة وجـود-العقـد، فكيـف يصـحّ إذا انقرضـت[٢] ومضـت.

قال النووي: ويجري الخلاف فيما إذا زوَّج أمةَ مُورثه على ظن حياته فبان خلافه[٣].

ويقاس على هذا لو [زوّج] ابنته البالغة بإذنها.

***

[٥- العلم بالمعقود عليه]

(و) الشرط (الخامس) في المبيـع: (كونـه معلومـاً) مـن كل الوجـوه: مـن العـين، والقـدر، والصفـة؛ لئـلّا يـؤدي إلى الغـرر المفـسر بـما يـتردد بـين المتضاديـن الذَيـن يغلـب أخوفهـما وقوعـاً، وقيـل: مـا خفيـت علينـا عاقبتـه، هكـذا فـسره الزعفـراني في حديـث أبي هريـرة: «أنه ﷺ نهى عـن بيـع الغـرر»[٤] (فلـو قـال: بعتـك أحـد هذيـن العبديـن أو الثوبـين لم يصـحّ) للجهـل بعـين المبيـع، فيكـون مـن بيـع الغـرر المنهـي عنـه.

وإطلاقه يقتضي عدم الصحة مطلقاً، سواءٌ اختلفت قيمتاهما أم استوت.

وقيـل: إن اسـتوت قيمتاهمـا صـح بـدون التعيـين، وللمشـتري أخـذ مـا شـاء منهـما، وبـه قال أحمـد[٥].

ورُدَّ: بأنه لا بد من العقد من مورد يتأثر فيه، ولم يوجد.

---

(١) ينظر: العزيز (٤/ ٣٣)، وروضة الطالبين (٣/ ٢٠).
(٢) كذا في (ب)، وفي (أ): (اذا نفرضت)، وفي (ج): (اد نقرضت)
(٣) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٢١)، والمجموع (٩/ ١٩٠).
(٤) الحديث بتمامه: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»، أخرجه مسلم رقم (٤- (١٥١٣).
(٥) لم اعثر على هذا القول في كتب الحنابلة، بل هو رأي للأحناف. ينظر: بداية المبتدي للمرغيناني (١٣٢).

(ولو باع صاعاً من صبرة صح إن كانت صيعانها معلومة) للمتبايعين، بلا خلاف.

والخلاف في أن المبيع صاع مبهم-حتى لو تلف الجميع إلا صاعاً فهو المبيع، أو يُنَزَّل على الإشاعة حتى لو تلف بعض الصبرة نقص بنسبته من المبيع، فلو كانت الصبرة عشرين صاعاً وتلف منها صاعان، نُقص من المبيع عُشرُهُ؟

والثاني هو المختار عند النووي وتابعيه[1]؛ نظراً إلى مقتضى اللفظ.

والأوّل هو المقطوع به في الزاد[2].

[ولا إشارة] في الكتاب إلى هذا الخلاف منه، واختاره الإمام؛ نظراً إلى العرف.

(وكذا) صح **(إن كانت)** صيعانها **(مجهولة، في أظهر الوجهين)**؛ لحصول المقصود وهو وجود المبيع وهو صاع مبهم، حتى لو تلف الجميع إلا صاعاً فهو المبيع، ويجوز تسليمه من أسفل الصبرة؛ لدلالة رؤية الظاهر عليها.

والثاني: لا يصح؛ للجهل بالمبيع، فأشبه ما لو كانت الصيعان متفرقة، فقال: بعتك واحداً منها.

ورُدَّ: بظهور الفارق.

وإنما اختلفوا في الصورة الأولى في الإشاعة والإبهام، ولم يختلفوا في الثانية بعدما اختاروا صحة البيع؛ لأنها إذا كانت معلومة الصيعان، يجوز صرف اللفظ إلى الإشاعة؛ لعلمهما بأخذه، بخلاف الثانية.

ولا يقاس الأرض على الصبرة فيما لو باع ذراعاً من أرضٍ مجهولة الذرعان لم يصح؛ لأنَّ أجزاء الأرض متفاوتة بخلاف أجزاء الصبرة، وأما إذا كانت معلومة الذرعان صح، فكأنه باع جزءاً معيناً منها، فيشتركان بتلك النسبة.

(ولو قال بعتك ملءَ) أي: مملوء **(هذا البيت حنطة، أو بزنة)** أي: وزن **(هذه الصنجة)**

---

(١) ينظر: المجموع (٩/ ٢٢٧)، قال: وبه قطع الجمهور، ومغني المحتاج (٢/ ٣٧٥).

(٢) يذكر الشارح أحياناً مصدرا فقهياً باسم الزاد، وذكره في طبقاته باسم زاد المسير، ولم نحصل على أثر له في بقية فهارس الكتب، وهو ينقل عنه في ما يلي وينسبه إلى الأودني.

معرب (سنگ)[1] (ذهباً، أو) بعتك (بما باع به فلان ثوبه، لم يصح) البيع؛ للجهل بقدر المبيع في الكل.

ولو كان ما باع به فلان معلوماً لديهما صح بلاخلاف.

قال صاحب الغاية[2] تبعاً لما في الرونق: "إن قولنا: ملء هذا البيت ..الخ، مفروض فيما إذا كان المعقود عليه وهو [الموزون] أو المالئ في الذمة، أما إذا كانا حاضرين بأن قال: بعتك ملء هذا البيت من هذه الحنطة، أوبزنة هذه الصنجة من هذا الذهب، فإنّه يصح بلا خلاف، إذ لا غرر؛ لإمكان الشروع في الوفاء عند العقد"، وأعزاه إلى المصنف في السَلم من الشرح الكبير[3].

(وكذا) لم يصح (البيع بألف من الدراهم والدنانير) من غير تنصيص على قدر كل واحد من الجنسين من المناصفة وغيرها؛ للجهل بقدر المعطى من الجنسبن، والتقدير بعد العقد يؤدي إلى الغرر، لتفاوت القيمة.

(وإذا باع بدراهم أو دنانير) فعين الجنس والقدر دون النوع، من كونها صحاحاً، أو مكسرة، أو زيوفاً، أو حديث السكة[4] أو قديمها (وفي البلد نقد غالب) يدور عليه السوق، ونقد غير غالب يُعامل به نادراً (أنصرف العقد إليه) أي: إلى النقد الغالب؛ لأنَّ الظاهر أن المتعاقدين أراداه، ولأن الإطلاق يُصرف إلى المتعارف.

(وإن كان هناك نقدان أو أكثر وليس بعضها بأغلب من بعض) في المعاملات (فلا بُدَّ من التعيين)؛ دفعاً للمنازعة، ورفعاً للغرر المنهي عنه.

وإطلاقُه يقتضي عدم الفرق في وجوب التعيين بين أن تكون النقود متفاوتة القيمة

---

(١) كلمة فارسية بمعنى الوزن والثقل والحجر.

(٢) لعل الشارح يقصد كتاب الغاية القصوى، في دراية الفتوى في فروع الشافعية، للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي المتوفى: سنة ٦٨٥، خمس وثمانين وستمائة. اختصرها من كتاب: (الوسيط، المحيط بأقطار البسيط) للإمام: أبي حامد الغزالي، وهو: كتاب معتبر اعتنى عليه الفقهاء. ينظر: كشف الظنون (٢/ ١١٩٢)

(٣) العزيز ط العلمية (٤/ ٤٦)، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (٢٣٧).

(٤) السِّكَّةُ: حديدةٌ منقوشةٌ تطبع بها الدراهم والدنانير. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (٣٤٣)، والمصباح المنير (١٤٨) مادة: (سكك).

أو متساوية، وهو الذي يقتضيه إطلاق المعظم، لكن عن أبي الخير يحيى اليمني: أنه اذا استوت قيمة النقود صح البيع بلا تعيين؛ لانتفاء الغرر[١]، ويسلم المشتري ما أراد منها، وهو مستحسن خلاف القياس.

(ولو باع جملة الصبرة كل صاع بدرهم، صح) البيع **(إن كانت الصيعان معلومة أو مجهولة)**؛ لأنَّ المبيع مشاهد، والجهل بقدر الثمن ومبلغه لا يضر في ما إذا كان مفصولاً معلوم التفصيل، ويدفع به الغرر. وهذه الصورة مستثناة من اشتراط العلم بعين المبيع. **وقيل:** لا يصحُّ في صورة الجهل، كذراع من أرض مجهولة الذرعان، قياساً على ما لو كانت متفرقة.

ويقاس على الصبرة ما لو قال: بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم، وهذه الأرض، أوالدار، أوالثوب،كل [ذراع] بكذا، فيصح عند الجمهور في صورة الجهل، و وفاقاً في صورة العلم.

(ولو قال: بعتكها) أي: الصبرة **(بمائة درهم، كل صاع بدرهم، صح البيع إن خرجت كما ذكرنا)** أي: مائة صاع؛ لأنّها مصادف مشاهد[٢]، وقد صادف تفصيله، فلا غرر **(وإلا)** أي: وإن لم يخرج كما ذكر وهو مائة صاع، بأن خرجت أكثر منها أو أقل **(لم يصح)** البيع **(في أصحّ الوجهين)**؛ لأنَّ الجمع بين جملة الثمن وتفصيله محال؛ إذ التفصيل مائة، والجملة إما زائد عليها أو ناقص منها، ولاستلزام الزائد النزاعَ، والناقصِ الغبنَ والنزاعَ.

والثاني: يصح، وللمشتري الخيار في الناقص، وللبائع في الزائد، ولا خيار للبائع في النقص.

فإن أجاز المشتري في النقص فهل يلزمه جميع الثمن لكونه في مقابلة الصبرة، أو بالقسط لمقابلة الصيعان؟ فيه وجهان: رجّح كلاً منهما مرجّحون[٣].

---

(١) ينظر: البيان (٥/ ٩٨).
(٢) وفي بعض النسخ: (لأنها مشاهد).
(٣) ينظر: المجموع (٩/ ٢٢٩)، والشرح الكبير (٤/ ٤٩).

ويقاس على [الصبرة] الثوب، والأرض، والغنم؛ فيما إذا قال: بعتك هذه الأرض، أو الثوب بمائة درهم كل ذراع بدرهم، أو هذا القطيع بمائة دينار كل شاة بدينار.

قوله: " في أصحّ الوجهين " سهو من النساخ، فإن الخلاف من القولين كما صرح به في الشرحين، والنووي في الروضة[١].

(**وإذا كان العوض معيناً**) أي: مشاهداً ولم يُرِد التعيين بالتنصيص (**كفت معاينته ولم يشترط معرفة قدره**) كيلاً أو وزناً أو عداً، حتى لو قال: بعتك عبدي بهذه الدراهم، أو بهذه الصبرة ولم يعلما قدرها صح البيع لكن يكره؛ إذ قد يندمان أو أحدهما عند معرفة القدر.

قال المتولي: الكراهية إنما هي في الصبرة والدراهم، دون المذروعات من الأراضي والثياب، وبه يشعر كلام صاحب الأنوار[٢].

بيع الأعيان الغائبة

(**وأظهر القولين: أنه لا يصحُّ بيع الأعيان الغائبة**) أي: التي لم يرَها العاقدان، أو أحدهما، سواء غابت عن مجلس العقد أو حضرت؛ لما فيه من الغرر المنهي عنه، وهو جهل صفات المعقود عليه عند العاقد.

(**والثاني: أنه يصح**) البيع؛ اعتماداً على الوصف بذكر جنسه ونوعه[٣]، بأن قال: بعتك إبلي النجاشي،[أو فرسي العربي]، أو عبدي الرومي أو الهندي، ولا يحتاج إلا إلى ذكر النوع والجنس؛ لأنهما المتعارفان اللذان بهما تختلف الأغراض، لكن لو كان له عبدان أو فرسان مثلاً من نوع، فلا بدَّ من ذكر صفاتٍ يحصل بها التمييز.

قال المتولي: كما لا يصحُّ بيعها لا يصحُّ الصلح عليها ولا إجارتها، لكن لو جعلها صداقاً أو عوض خُلعٍ صح، وثبت مهر المثل[٤]

---

(١) ينظر: العزيز (٤/ ٤٩)، و روضة الطالبين (٣/ ٣٢).

(٢) ينظر للمسألة: الأنوار لأعمال الابرار (١/ ٤١٠)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٧٨).

(٣) ينظر: الام (٣/ ٢٩٦و٣٤٥)، ومختصر المزني (١/ ١١٨).

(٤) وهو الذي قال به أكثر الشافعية. ينظر: العزيز (٤/ ٥٢)، والمجموع (٩/ ٢١٢).

ولـو صالـح بهـا عـن أرش الجنايـة صـح؛ لأنهـا تقبـل العفـو، فالجهـل بالمصالـح عليـه لا يتعاقـد عـن العفـو رأسـاً.

[خيار الرؤية]

(ويثبـت الخيـار عنـد الرؤيـة)؛ لمـا روى الدارقطنـي: أنـه ﷺ قـال: «**مـن اشـترى مـا لم يـره فهـو بالخيـار اذا رآه**»[1]، لكـن ضعفـه هـو والبيهقـي؛ لمـا فيـه مـن الاضطـراب[2].

ثـم إطـلاق الكتـاب يقتـضي أن يثبـت لـه الخيـار وإن وجـده كـما وصـف، وهـو كذلـك؛ لأنَّ «**الخـبر ليـس كالمعاينـة**»[3].

وقولـه: "**عنـد الرؤيـة**" عـلى الغالـب، وإلا فالخيـار ثابـت لـه قبـل الرؤيـة أيضـاً، لكـن في الفسـخ دون الإجـازة، ولا يثبـت الخيـار للبائـع، سـواء رآه قبـل العقـد أو لم يـره، **وقيـل: لـه الخيـار إذا لم يـره**.

وحيث ثبت فهو يمتد امتداد مجلس الرؤية على الأصح. **وقيل**: على الفور.

والقولان جاريان في رهن الغائب وهبته، لكن لا خيار عند الرؤية عند من يصححه.

(والرؤيـة قبـل العقـد كافيـة فيـما لا يتغـير غالبـاً إلى وقـت العقـد) كالمعـادن مـن الحديـد

---

(١) رواه البيهقـي عـن مكحـول مرفوعـاً: (٥/ ٤٣٩)، رقـم (١٠٤٢٥)، والدارقطنـي (٣/ ٤)، رقـم (٨)، وقـال: هـذا مرسـل، وأبـو بكـر بـن أبي مريـم ضعيـف، وكـذا قال البيهقـي، وذكـر أيضـاً أنـه منقطـع، ورواه الدارقطني عن ابن سيرين عـن أبي هريـرة (٣/ ٤)، رقـم (١٠) وقـال وهـذا باطـل لا يصـح لم يروهـا غـيره، وإنـما يـروى عـن ابن سـيرين موقوفـاً مـن قولـه، والبيهقـي أيضـاً رقـم، (١٠٤٢٦)، وقـال هـو والدارقطني: أسـنده عمـر بـن إبراهيـم الكـردي مـن أوجـه عـن ابـن سـيرين عـن أبي هريـرة، وإنـما رواه الثقـات مـن أصحـاب ابن سـيرين مـن قولـه، وعمـر بـن إبراهيـم كان يضـع الحديـث. ينظـر المعرفـة (٤/ ٢٧٢)، والسـنن الصغـرى (٤/ ٢٥٢) والمجمـوع (٩/ ٣٠١).

(٢) الحديـث المضطـرب: هـو الـذي تختلـف الروايـة فيـه فيرويـه بعضهـم عـلى وجـه وبعضهـم على وجه آخر مخالف لـه، والاضطـراب قـد يقـع في متن الحديـث وقـد يقـع في الإسـناد وقـد يقـع مـن راو واحـد وقـد يقـع بـين رواة لـه جماعـة. علـوم الحديـث (مقدمـة ابن الصـلاح): (٩٣).

(٣) مـن حديـث الصحـابي عبـدالله بن عبـاس ، رواه أحمد في مسـنده (٣/ ٣٤١)، رقـم (١٨٤٢)، و (٤/ ٢٦٠)، رقم (٢٤٤٧)، وابـن حبـان في صحيحـه (١٤/ ٩٦)، رقـم (٦٢١٣)، والطـبراني في الأوسـط (١/ ١٢)، رقـم (٢٥)، ومن حديـث الصحـابي أنـس بـن مالـك (٧/ ٩٠)، رقـم (٦٩٤٣)، والحاكـم في مسـتدركه (٢/ ٣٥١)، رقـم (٣٢٥٠)، وقـال: صحيـح عـلى شرط الشـيخين ولم يخرجاه، ووافقـه الذهبي بأنه على شرط الشـيخين، وقال الهيثمي أيضـاً: رجاله رجـال الصحيح. مجمـع الزوائد (١/ ١٨٥).

والنحاس والصفرة، وما يتخذ منها، وكذا الأراضي والبساتين **(وغير كافية فيما يتغير غالباً)** إلى وقت العقد: كالأطعمة والرياحين؛ اعتباراً بالغالب فيهما، واستصحاباً لما كان عليه، وهو من دلائل الفقه.

وفي ما لا يعلم فيه الغالب، بل التغير والعدم متساوياً الاحتمال فالأصح إلحاقهُ بالقسم الأول؛ عملاً بالاستصحاب؛ لأنَّ الأصل بقاؤه على ما كان، وذلك كالحيوانات، فإن وجده متغيراً عما كان فله الخيار، فإن تنازعا في التغير وعدمه ففي زاد المسير: أن القول قول البائع بيمينه؛ لأنَّ الأصل عدم التغير[١]، وعند المصنف القول قول المشتري؛ لأنَّ البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة وهو ينكره، والقول [قول المنكر] بيمينه[٢].

وقيل: لا تكفي الرؤية في الأراضي قبل ثلاثة أشهر، والأشجار قبل سنة، والعبيد قبل ستة أشهر، والمواشي قبل سبعة أيام أو خمسة، وفي الحبوب قبل يوم أو يومين. والصحيح خلافه، وهو الاعتبار بالغالب.

قال الماوردي في الأحكام السلطانية: إنّ الرؤية السابقة إنما تكفي إذا كان العاقد متذكراً لأوصافه حالة العقد، فإن نسيها لغباوة أو طول مدة، فهو على الخلاف في بيع الغائب[٣]، قال النووي: وهو غريب لم يتعرض له الأصحاب[٤].

قلتُ: استغراب النووي غريب؛ لأنَّ عدم التذكر وعدم الرؤية رأساً متساويان في الجهل بالمبيع، وحصول الغرر، وعدمُ التعرض للوضوح.

[كيفية رؤية المبيع]

(وتكفي رؤية بعض المبيع إن كان يدل) هذا البعض **(على الباقي: كظاهر الصبرة)**

---

(١) ينظر: العزيز (٤/ ٥٥).
(٢) ينظر: العزيز (٤/ ٥٥).
(٣) هذه المسألة ليست في الأحكام السلطانية وإنما هي في الحاوي الكبير (٥/ ٢٦).
(٤) ينظر: المجموع (٩/ ٢١٧).

من الحنطة، والشعير، والجاورس[١]، والعدس، والحمص، ونحوها، وظاهر البيدر من الجوز واللوز والبندق والفستق وغيرها، مما لا يختلف أجزاؤه غالباً، ولا خيار عند رؤية الباطن إلا إذا خالف الظاهر ولو بأجود.

وما يختلف أجزاؤه غالباً كصبرة البطيخ والباذنجان والسفرجل، لا تكفي رؤية ظاهرها، بل لا بُدَّ من رؤية الجميع واحداً واحداً[٢].

(والأُنمُوذَج) بضم الهمزة والميم، وفتح الذال المعجمة: معرب نموذة **(من المتماثلات)** أي: متساوية الأجزاء، أي: وتكفي رؤية الأُنمُوذج في المتماثلات: كالحبوب، والنوع الواحد من الزبيب والتمر، ولا بُدَّ أن يصب على المبيع، وأن لا يكون البيع بلا رؤية **(أو كان صواناً للباقي)** أي حافظاً إياه عن سريان الفساد **(بالخلقة)** لا بالجعل كالفقاع[٣] والحقق للمعاجين والأدوية، وذلك **(كقشر الرمان، وقشر البيض، والقشرة السفلى من الجوز واللوز)**؛ لأنَّ في إزالتها تعرضاً لفسادها، فصلاحها في إبقائها.

قوله: " أو كان صواناً " قسيم لقوله: "إن كان يدل على الباقي" أي: في رؤية الظاهر لا بد من أحد الأمرين: إما أن يكون دالاً على الباقي، أو صواناً له خلقةً.

واحترز بقوله: "بالخلقة" عما ذكرنا، وعن جلد الكتب ونحوه.

وسامح الغزالي في الفقاع فقال: لا يجب فتحها؛ لأنَّ بقاءه في الكوز من مصالحه[٤].

وقوله: " بالخلقة " شامل لفأرة المسك[٥]، لكن الأصحّ عدم الاكتفاء برؤيتها عن المسك؛ إذ لا يناط بها بعد الانفصال كثير مصلحة المسك.

(وتعتبر الرؤية في كل شيء على حسب ما يليق به) ففي الدور: لا بدَّ من رؤية

---

(١) الجَاوَرسُ بفتح الواو: حبّ يشبه الذرة وهو أصغر منها، وقيل: نوع من الدخن. المصباح المنير (٥٥) مادة: (جرس).

(٢) لانها تختلف اختلافاً بيناً.

(٣) الفقاع: شراب يتخذ من الشعير. غريب الحديث للحربي (٢/ ٧٤٦)، والمحكم (١/ ٢٣٧)، ومعجم لغة الفقهاء (٣٤٨).

(٤) إحياء علوم الدين (٢/ ٦٦)، وروى الشارح قوله بالمعنى، أو نقله من كتاب آخر من كتب الغزالي.

(٥) فارة المسك: رائحته ووعاؤه. المعجم الوسيط (٢/ ٧٥٠).

العرصة[1]، والصفة، والدكاكين، والبيوت، والسطوح، والأبواب المنصوبة، وظاهر الجدران وباطنها، والمستحم، والمدابغ، والكناديج[2] الداخلة في مطلق بيعها، وبئر البالوعة، وبئر الاستقاء.

وفي البساتين والحدائق: من رؤية الأشجار، والحيطان والجداول، ومسايل المياه، وعروش[الكروم]، وحوض العصير، وبيت المدبسة[3].

وفي العبد: من رؤية جميع البدن سوى العورة. وقيل: تكفي رؤية الوجه والأطراف.

والأمة كالعبد، وقيل: تكفي رؤية ما يُرى منها عند الخدمة.

وفي الدواب: من رؤية مقدمها، ومؤخرها، وقوائمها، وانفراج فمها إن تيسر ليتراءى أسنانها، وظهرها، وهواديها.

وفي البساط والزلية، والديباج المنقش، وكل ثوب يختلف وجهاه: لا بُدَّ من رؤية وجهيه.

وفي الكرباس والديباج الساذج: تكفي رؤية وجهٍ.

وقيل: لا بُدَّ من وجهيه؛ إذ لا يخلو عن الاختلاف.

وفي الكتب والمصاحف وحُزَم الكاغذ: لا بُدَّ من رؤية جميع الأوراق وجهيها.

ويقاس عليها الأساكف والمساحي[4] والمجارف والسيوف والسكاكين والرماح والمناشير والقدور والكيزان والطوس والاسطال والمعول والفأس والقدوم، وسائر الآلات والأثاث.

(وأصح الوجهين أن استقصاء الأوصاف) أي: إبلاغها إلى أقصى مايكون فيها: بأن

---

(١) العرصة: هي كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء. الصحاح (٣/ ١٠٤٤) مادة: (عرص).

(٢) في الأنوار: الكندوج: وهو شبه المخزن (١/ ٤١٢). بالكردية: "كەندوو".

(٣) في حاشية (ج): هو مكان الدبس.

(٤) جمع مِسحاة وهي المِجرَفَةُ من الحديد. النهاية (٢/ ٣٤٩) مادة: (سحا)، و (٤/ ٣٢٨) مادة: (مسح)، وتحرير ألفاظ التنبيه (٩٩). وباللغة الكردية: (بيَلَ أو: خاكە ناز أو: بێڵ ناسن)، والأسكفة: عتبة الباب. المعجم الوسيط (١/ ٤٣٩). = (زێر دهران).

يذكرها على أن لا يبقى بعده مرتقى فيها (**على الحد المرعي في السَلَم، لا يقوم مقام الرؤية**)؛ إذ العبارات تضيق عما يطلع عليه بالرؤية، وفي المَثل: «**ليس الخبر كالمعاينة**»[1]؛ ولأنه لو قام مقامها لأرتفع التمييز بين السَلَم والبيع وهما عقدان مستقلان.

والثاني: يقوم؛ لأنه يفيد المعرفة كَالرؤية، والغرض حصول المعرفة.

ورُدَّ: بأن الإبصار[يفيد] ما لا يفيده الإخبار.

سلم الأعمى

ولما كان السلم نوعاً من البيع، لأنه بيعُ موصوفٍ في الذمة، وكان الأعمى ممنوعاً من نوعه المشهور دون السلم؛ ذكره ههنا تنبيهاً على الأمرين: المنع من هذا، وعدم المنع من ذاك، وقال:

(**ويصح سَلَمُ الأعمى**)؛ لأنَّ العمدة في السلم معرفة الأوصاف، وذلك ممكن من الأعمى، فيجوز أن يكن مُسلماً ومسلماً إليه، لكن لا يصحُّ قبضه وإقباضه فيوكل من يُقبِض عنه، ويقبَض له رأس المال والمسلم فيه. (**وفي ما إذا سبق عماهُ سنَّ التمييز**) وهو سبع سنين (**وجهٌ**) أنه لا يصحُّ سَلَمه أيضاً؛ إذ لا يعرف الألوان، والعيوب، والمثالب، والمناقب. **ورُدَّ**: بأن ذلك يُعرف بالسماع، ويُتَصور الفرق بين الألوان والحسن والقبح.

[بيع الأعمى وشراؤه]

وفي قوله: "ويصح سَلَم الاعمى" تعريضٌ بأنه لا يصحُّ منه مايعتمد الرؤية: كالبيع والإجارة والرهن وإن قلنا بصحة بيع الغائب، والطريق أن يوكل فيها.

ولو رأى شيئاً قبل العمى وهومما لا يتغير إلى وقت العقد غالباً، فيصح منه بيعه وشراءه جزماً، ومن أصحابنا من يُجوِز بيع الأعمى وشراءه؛ لما روى ابن عمر ﷺ: «أن

---

(١) بل هو حديث، وقد سبق تخريجه.

النبيَّ ﷺقال لحَبان بن منقذ[1]: إذا بعتَ قل: لا خلابة ولي الخيارُ إلى ثلاثة أيام»[2] وكان أعمى كما ذكره الدارقطني.

ومن قال به فقد تابع في ذلك أبا حنيفة؛ فإنّه قائل به، ونقل أصحابه إجماع الصحابة عليه[3].

***

تعريف الربا وأقسامه

(فصل) في أحكام الأموال الربوية، ولما كانت أحكامها مخالفة لأحكام سائر الأموال؛ أفردها بالذكر.

والربا في اللغة: الزيادة، وألفه بدل عن الواو، ومنه الربوة [للمكان] المرتفع الزائد على الغير في الارتفاع[4].

وفي الشرع: عبارة عن زيادةٍ مشروطةٍ في العقد على وجه مخصوص، ثم أستُعمِل في كل عقدٍ فاسدٍ بصفة؛ ليشمل ما إذا باع أحدَ النقدين بالآخر نسيئةً؛ فإنّه ربا وإن لم تكن فيه زيادة[5].

---

(١) حبان بن منقذ بن عمرو بن عطية الأنصاري الخزرجي، له صحبة، وشهد أحداً وما بعدها، وتزوج زينب الصغرى بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب فولدت يحيى بن حبان وواسع بن حبان وهو جد محمد بن يحيى بن حبان شيخ مالك، روي عن أبيه، وعروة، وروى عنه: عمرو بن الحارث، وجعفر بن ربيعه، توفي في خلافة عثمان. ينظر: الاستيعاب (١/ ٣١٨)، والإكمال (٢/ ٣٠٣)، والإصابة (٢/ ١١)، رقم (١٥٥٦).

(٢) حديث الصحابي عبدالله بن عمر ﷺ: أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/ ٤٤٩)، رقم (١٠٤٥٩)، وفي معرفة السنن والآثار (٨/ ٢٤)، رقم (١١٠٠٤)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٦)، رقم (٢٢٠١)، وصححه الذهبي، وابن الجارود في المنتقى (١٤٦)، رقم (٥٦٧)، والدارقطني في سننه (٤/ ٩)، رقم (٣٠١١).

وحديث الصحابي عمر بن الخطاب ﷺ: اخرجه الدارقطني في سننه (٦٠٤)، رقم (٣٠٠٧)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٤٥٠) رقم (١٠٤٦٢) بلفظ: «**عَن طَلحَةَ بنِ يَزِيدَ بنِ رُكَانَةَ: أَنَّهُ كَلَّمَ عُمَرَ بنَ الخَطَّابِ فِي البُيُوعِ، قَالَ: مَا أَجِدُ لَكُم شَيئًا أَوسَعَ مِمَّا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِﷺ لِحَبَّانَ بنِ مُنقِذٍ: إِنَّهُ كَانَ ضَرِيرَ البَصَرِ فَجَعَلَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِﷺ عُهدَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِن رَضِيَ أَخَذَ وَإِن سَخِطَ تَرَكَ**»، وهذا الحديث تفرد به ابن هيعة، ضعفه ابن الملقن والذهبي، وقال ابن حجر: صدوق خلط بعد احتراق كتبه. البدر المنير (٦/ ٥٣٩)، والكاشف (١/ ٥٩٠)، رقم (٢٩٣٤)، والتقريب (٣١٩)، رقم (٣٥٦٣).

(٣) ينظر: الاختيار (٢/ ١٠)، وتبيين الحقائق (٤/ ٣٢٩)، واللباب شرح الكتاب (١/ ١١٧).

(٤) ينظر: الزاهر فى معانى كلمات الناس (١/ ٣٤٣)، ولسان العرب (١٤/ ٣٠٤) مادة: (ربا).

(٥) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣٠)، ومعجم لغة الفقهاء (٢١٨).

وهذا يقال: الربا ثلاثة أقسام: ربا الفضل: وهو التفاضل من أحد الطرفين.

وربا النسيئة : وهو ماكان أحد العوضين حالاً والآخر نسيئةً.

وربا اليد: وهوأن يقبض أحد العوضين في المجلس دون الاخر.

والربا حرام بالكتاب والسنة والإجماع، وآياته وأحاديثه مشهورة لا حاجة إلى ذكرها.

***

حكم بيع المطعوم بالمطعوم

(إذا بِيعَ مطعوم بمطعوم نظرَ: إن كانا من جنس واحد) كالحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والزبيب بالزبيب، والتمر بالتمر **(يشترط فيه)** لصحة البيع **(ثلاثة أمور)**:

أولها: (المماثلة في القدر) وهي أن لا يظهر تفاوت في الحس بين العوضين.

وثانيها: (الحلول في العوضين) بأن يحضر العوضان، ويعقد عليهما.

وثالثها: (التقابض قبل التفرق) بأن يقبض العوضان في مجلس العقد قبل التخاير، فيدفع بذلك الأنواع الثلاثة من الربا، وقد قال ﷺ : **«الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ، وَالبُرُّ بِالبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمرُ بِالتَّمرِ، وَالمِلحُ بِالمِلحِ، مِثلًا بِمِثلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اختَلَفَت هَذِهِ الأَصنَافُ، فَبِيعُوا كَيفَ شِئتُم، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ»**، رواه مسلم[1].

واشتراطُ الأمور الثلاثة فيما ذكر مشعرٌ بعدم اشتراطها فيما سوى ذلك.

(وإن كانا من جنسين: كالحنطة والشعير سقط اشتراطُ المماثلة) لإباحة ربا الفضل فيه؛ لقوله ﷺ: **«فَإِذَا اختَلَفَت هَذِهِ الأَصنَافُ، فَبِيعُوا كَيفَ شِئتُم، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ»**، **(وروعيَ الشرطان الآخران)**؛ ليدفع ربا اليد وربا النسيئة.

***

(١) صحيح مسلم، رقم (٨١- (١٥٨٧)

المرادبالمطعوم

(والمراد من المطعوم:ما يُقصَد للطُعم) بضم الطاء: مصدر طعُمَ بمعنى أكل **(اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً)** ذلك مأخوذ مما نص عليه رسول الله ﷺ من الحنطة والشعير والتمر والملح، فأُلحِق بالحنطة والشعير ما يشاركهما في التقوت: كالأرز، والذرة، والجاورس، والعدس، والماش[(١)]، والباقلاء، وسائر ما يقتات في حال الرفاهية: فيدخل فيه البلوط. وأُلحِق بالتمر ما يشاركه في الأدم والتفكه: كالزبيب، والتين، والكمثرى[(٢)]، والتفاح، والبطيخ، والباذنجان، والقثاء، وسائر الثمار والبقول.

وأُلحق بالملح ما يشاركه في الإصلاح تداوياً وغيره: كالمصطكي[(٣)]، والطين الأرمني، والهيلج، والدارجيني، والزعفران، والزنجبيل، والبهمنين[(٤)]، والبسباسة، والزرنيات، والقرنفل، [والسُّعد][(٥)]، والأفيون، والفانيذ[(٦)]، وأنواع السكر، وسائر ما يقصد به التداوي والإصلاح.

وخرج بقيد " القصد" ما لا يقصد تناوله مما [كان] يؤكل كالجلود؛ فإنّه لا ربا فيه.

وأراد بالطُعم طعم الآدميين وإن شاركهم فيه البهائم: كالشعير ونحوه، فخرج ما اختص به الجنُ: كالعظام، أوالبهائمُ: كالحشيش والتبن والنوى. أو غلب

---

(١) الماش: - مُعَّرب أو مولد- حَبٌّ كالعدس معتدل نافع للمحموم والمزكوم مُلَيّن، وإذا طُبِخَ بالخل نفع الجرب المُتقرِّح، وضِماده يقوي الأعضاء الواهِيَةَ. القاموس المحيط (٧٨٢).

(٢) الكمثري: شجر مثمر أصنافه كثيرة ويسمى الإنجاص في الشام. المعجم الوسيط (٢/ ٧٩٧).

(٣) المصطكي: علك رومي، أبيضه نافع للمعدة والأمعاء والكبد والسُّعالِ المزمن شُرباً والنَّكهَة واللِّثة وتفتيق الشهوة وتفتيح السُّدَدِ، وهو دخيل في كلام العرب. القاموس المحيط (١٢٣١)، وكتاب العين (٥/ ٣٠٣)، ولسان العرب (١٠/ ٤٥٥) مادة: (صطك).

(٤) البهمنين: وردة جبلية زهرها أصفر أو أحمر وأوراقها حادة. دستور العلماء (٤/ ٣٢).

(٥) والسُّعد : نبت له أصل تحت الأرض أسود طيبُ الرِّيح، وفيه منفعة عجيبة في القروح التي عَسُرَ اندمالها. ينظر: تهذيب اللغة للأزهري (٢/ ٤٥) مادة: (سعد)، والقاموس المحيط (٣٦٨)، وفي (ب): (والسعدان)، وهوخطأ؛ لأنَّ السَّعدانَ: نَبتٌ من أفضَلِ مَراعِي الا بِلِ، ومنه: مَرعًى ولا كالسَّعدانِ. ينظر: القاموس المحيط (٣٦٨)

(٦) الفانيذ: نوع من الحلوى يعمل من القَند والنشا. المحكم (١٠/ ٧٩).

تناول البهائم منه [كالدخل][1] والبنجار، دون الكرفس والريباس[2].

التماثل في الربويات

(**والمماثلة في القدر**) فيما يجب (**تعتبر في المكيلات**) كالحبوب، وما كان حباته أصغر من اللوز: كالبندق والفستق (**بالكيل، وفي الموزونات**) كاللحوم، وما لا يحصره الكيل: كالبطيخ والرمان والسفرجل والقثاء، ونحوها (**بالوزن**)، فلا تجوز المماثلة في المكيلات بالوزن، ولا بالعكس.

(**ولا بأس بعد المماثلة في الطريق المعتبر بالتفاوت في**) الطريق (**الآخر**)؛ لاستيفاء ما هو حقه، فلا يضر التفاوت فيما لا حقَّ فيه[3].

(**والنظر**) في المكيل والموزون (**إلى غالب عادة أهل الحجاز**) وهو مكة ومدينة ويمامة، وما وقع في خلالها من القرى (**في عهد رسول الله**)؛ لأنه ﷺ قد أطلع على ما جرى بينهم من العادة ولم ينكرهم، وجرى على ذلك خلفاؤه الراشدون، فلو أحدث الناس عادةً خلاف عادة أهل الحجاز فلا عبرة بها ولا يخلصنا من ربا الفضل.

(**وما لا يعرف حاله**) هل هو مكيل أو موزون في عهده؟ بأن لم يكن في عهده، أو كان يوزن مرة ويكال أخرى ولم يغلب أحدهما (**فالأشبه**) بالحق من خمسة أوجه: (**أنه يراعى فيه عادة بلد البيع**)؛ اتباعاً للعرف؛ فإنّه أحرى لقطع النزاع؛ إذ حيث لا نص ولا إجماع فالحاكم العرف.

والثاني: الكيل؛ لأنَّ أكثر المطعوم في عهده ﷺ يكال.

والثالث: الوزن؛ لأنه أحصر وأقل تفاوتاً.

---

(١) وفي (ب): (كالاخل)، وفي (ج): (الوخل أو الوفل). والظاهر أنه: الدخن، والدُّخن: الجَاوَرس، وَفي المُحكَم: حَبُّ الجاوَرس، وَاحِدَتُهُ دُخنَة. لسان العرب (١٣/ ١٤٩) مادة: دخن. بالكردية: (هەرزن) حب تحبه العصافير والدجاجات، وتصنع منه أقراص.

(٢) الرِّيباس: نبت عراض الورق طعمها حامض، يَنبُت في الجبال ذوات الثلوج والبلاد الباردة من غير زرع،= وله منافع جَمَّةٌ ينفع الحصبة والجدري، ويقطع العطش والإسهال الصفراوي، ويُزِيل الغَثَيانَ والتَّهَوُّعَ وفيه تقوي للقلب، وعُصارتُه تُجِدُّ النظر كُحلاً. القاموس (٧٠٦)، وتاج العروس (١٦/ ١١١) مادة: (ريس). باللغة الكردية: (رِيَواس).

(٣) أي: مثلا إذا استوى وزناً فلا يضر التفاوت كيلاً.

والرابع: يُخَير بين الوزن والكيل؛ لتعادل وجهيهما.

والخامس: إن كان له أصل فيتبع أصله: فيكال دهن السمسم وبذر القطونا والكتان، ويوزن دهن اللوز والجوز.

والخلاف مفروض فيما لم يكن أكبر جرماً من التمر، فإن كان أكبر كالبيض فبالوزن بلا خلاف.

وأما المكيال فلا فرق بين ما كان في عهده ﷺ وبين ما أحدثه الناس بعده، وكذا كل قصعة يختارها العاقد، على الأصح. ويجوز أن يكون ما يوزن به الشاهين والقبان[1].

***

الحكم في بيع النقد بالنقد

(**والحكم فيما إذا بِيع النقد بالنقد**) وهو ما فيه جوهرية الأثمان غالباً، فيشمل: التبر، والمسكوك، والأواني المتخذة منهما، فيخرج منه سائر المنطبعات[2]، وكذا الفلوس وإن راجت رواج النقد (**في اشتراط الأمور الثلاثة**) المماثلة في القدر، والحلول في العوضين، والتقابض قبل التفرق (**عند التجانس**) بأن يبيع الذهب بالذهب، أو الفضة بالفضة (**واشتراطِ الشرطين الآخرين**) التقابض والحلول (**عند عدم التجانس، بأن يبيع الذهب بالفضة على ما ذكرنا في بيع المطعوم بالمطعوم**)؛ للحديث المار.

والحكمة في جعل المطعومات والنقدين من الربويات دون سائر الأموال؛ أن قوام نوع الإنسان بالأقوات، وحصول الأقوات وأسبابها إنما يحصل بالنقود، فهما من أهم ما يحتاج إليه الناس، فاحتاط الشرع فيهما أكثر ما يحتاط في غيرهما؛ ولأن الناس قلَّما لا يحتاجون إلى الاقتراض فيهما، فربما يُلجئ المقرض المستقرض إلى إعطاء الزيادة فيلتزمه ضرورةً؛ لأنَّ عياله يموت جوعاً؛ فحرِّم الربا؛ زجراً عن ذلك.

***

---

(١) الشاهين: هو الميزان الكبير، القبان: هو الميزان ذو الذراع الطويلة المقسمة أقساماً ينقل عليها جسم ثقيل يسمى الرمانة لتعين وزن ما يوزن. المعجم الوسيط (٢/ ٧١٣).

(٢) المُنطبعات يشمل: الذهب والفضة والحديد والرصاص وَالنحاس وَالصُّفر وغيرها مما يقبل الطرق وَالسحب، فتُعمَل منه صفائح وأسلاك ونحوها. الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٨/ ١٩٣).

حكم البيع بالمجازفة والتخمين

(**ولو جرى البيع**) في الربويات (**مجازفةً**) بالجِزاف بكسر الجيم: معرب كزاف: وهو أن يتأمل بالنظر ويقول: إنه كذا مناً أو كذا كيلاً[1] (**أو بالتخمين**) من الخمن: وهو امتحان الشيء بالإقلال باليد[2] (**لم يصح**) البيع (**وإن تحققت المماثلة من بعد**) بالطريق المعتبر فيه.

وهذا مبني على أصل وهو: أن العلم بشروط العقد أي عقد كان؟ شرط، كما صرح به المصنف في الشرحين، والنووي في الروضة[3]، وقد جهلا بالمماثلة حالة العقد.

وبيع المجازفة والتخمين في غير الربويات جائزٌ وإن لم يخرج العوضان متساويين.

وكذا لو كان أحد طرفي العقد ربوياً دون الآخر.

ولو باع صبرةً بصبرةٍ مكايلةً دون مجازفة: فإن خرجتا متساويتين بعدما كالا صح البيع، وإلا لم يصح على الأظهر؛ لحصول الأختلاف.

والثاني: يصح في الكبيرة قدر ما يقابل الصغيرة.

***

الحال التي تعتبر فيه المماثلة

(**وإنما تعتبر المماثلة في وقت الجفاف آخراً**) وهو ما لا يبقى للجفاف أزدياد، وذلك في الحبوب والثمار، وذلك حالة الكمال (**وقد يعتبر وقت الكمال في الأول**)[في ما له جفافٌ] كما في العنب والرُطب في بيع العرايا.

وقيل: ذلك فيما ليس له جفاف كاللبن والدهن، وينافيه قوله: "في الأوّل" أو: " أولاً" كما في بعض النسخ.

(**فلا يباع الرُطب بالرُطب وبالتمر، والعنب بالعنب والزبيب**)؛ إذ قد يتفاوتان عند الجفاف فيحصل ربا الفضل.

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (١٩٣).

(٢) ينظر: العين (٤/ ٢٨٠)، ولسان العرب (١٣/ ١٤٢) مادة: (خمن).

(٣) ينظر: العزيز (٤/ ٨٢)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٥).

والأصل فيه ما روى الترمذي: «**أنه ﷺ سُئِل عن بيع الرُطب بالتمر فقال: أيَنقص الرُطب إذا يبس؟ فقالوا: نعم، فنهى عن ذلك**»[١]. فعلم من ذلك أن المماثلة إنما تكون عند الجفاف.

ويقاس ببيع الرُطب بالتمر وبالرُطب اللحمُ الطريُّ، فلا يُباع بطريهِ من جنسه ولا بقديدهِ[٢]، ويُباع قديدهُ بقديدهِ إذا لم يكن فيه العظمُ ولا ملحٌ يزيد في الوزن.

(ولا تغني المماثلة في) حال **(الرطوبة)** تصريحٌ بما تضمن قولهُ: " فلا يباع الرطب بالرطب... الخ "؛ رداً لما اختاره الإصطخري[٣] تبعاً لأبي حنيفة؛ فإنّه أجاز ذلك وقال: إن كان الرُطب من جنس التمر جاز؛ لقوله: «**التمر بالتمر مثلاً بمثل**»، وإن لم يكن من جنسه جاز أيضاً؛ لقوله: «**إذا أختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم**»، وضعفوا الحديث بأن مداره على زيد بن عياش[٤]، وهو ضعيف الحديث[٥]، جرحه عبدالله بن المبارك[٦]،[٧].

---

(١) حديث الصحابي سعد بن أبي وقاص: أخرجه أبو داود، رقم (٣٣٥٩)، والترمذي، رقم (١٢٢٥)، وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي، رقم (٤٥٤٥)، وابن ماجه، رقم (٢٢٦٤).

(٢) وهو اللحم المُجَفَّفُ في الشمس. المغرب (١/ ٤٧٥) مادة: (صفف).

(٣) لم اعثر على هذا القول في كتب الشافعية منسوباً إلى الإصطخري، وإنما الذي جوز بيع الرطب بالرطب هو المزني. ينظر: العزيز (٤/ ٨٩)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٩).

(٤) أبو عياش زيد بن عياش الزرقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني، روى عن: سعد بن أبي وقاص، وروى عنه: عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان، وعمران بن أبي أنس السلمي. ينظر: تهذيب الكمال (١٠/ ١٠١)، رقم (٢١٢٤)، وميزان الاعتدال (٣/ ١٥٦)، رقم (٣٠٢٦)، وتهذيب التهذيب (٣/ ٣٦٥) الترجمة (٧٧٤).

(٥) قال ابن حجر: والجواب أن الدارقطني قال إنه ثقة ثبت، وقال المنذري: قد روى عنه اثنان ثقتان وقد اعتمده مالك مع شدة نقده، وصححه الترمذي والحاكم، قال ولا أعلم أحدا طعن فيه. ينظر: تلخيص الحبير (٣/ ٢٤) ومختصر سنن أبي داود (٥/ ٣٤).

(٦) أبو عبد الرحمن عبد الله بن المبارك بن واضح التميمي، المروزي، من أهل مرو، وهو من تابعي التابعين، صاحب أبي حنيفة، وأحد الأئمة الأعلام فقهاً وورعاً وعلماً وفضلاً وشجاعة ونجدة، من شيوخه: مالك بن أنس، وسفيان الثوري، والأوزاعي، وغيرهم، وسن تلاميذه: عبد الرحمن بن مهدي، وعبد الرزاق بن همام، ويحيى بن معين، وغيرهم، من مؤلفاته: كتاب (الجهاد) وهو أول من صنف فيه، و(الرقائق)، وغيرها. مات منصرفاً من الغزو: (١٨١هـ) وقبره بهيت. ينظر: تاريخ بغداد (١٠/ ١٥٢ - ١٦٨)، رقم (٥٣٠٦)، وطبقات الفقهاء للشيرازي (١/ ٩٥)، ووفيات الأعيان (٣/ ٣٢-٣٣)، رقم (٣٢٢).

(٧) هذا هو قول أبي حنيفة، وقد خالفه أبو يوسف ومحمد وغيرهما، فلم يجوزوا بيع الرطب بالتمر، ودافعوا عن الحديث ووثقوا زيد بن عياش. بدائع الصنائع (٥/ ١٨٨)، والهداية (٣/ ١٧)، والاختيار (٢/ ٣٣)، وتبيين الحقائق (٤/ ٩٣)، والبحر الرائق (٦/ ١٤٤).

حكم بيع ما لا جفاف له بمثله

(**وما لا جفاف له كالعنب الذي لا يتزبب والقِثاء**) بكسر القاف ومد المثلث: الخيار الحجازي يشبه البطيخ، وقد يكون فيه اعوجاج (**فهل يباع بعضه**) أي: بعض ما لاجفاف له (**ببعض، ويقنع بالمماثلة في الرطوبة، أم لا يباع أصلاً ؟ فيه قولان:**) جديدٌ وقديم[1] (**أصحهما الثاني**)؛ قياساً على بيع الرُطب بالرُطب، وللجهل حال العقد بالمماثلة حال الجفاف، ولو فرضاً.

ووجهُ مقابله: أنَّ معظم منافعه في حال الرطوبة، فيباع بعضه ببعض كاللبن.

فان قلنا به فيباع وزناً وإن أمكن كيله.

[**وقيل**: ما يمكن كيله] كالتفاح والتين يباع كيلاً، ولا بأس على الوجهين بتفاوت العدد.

ونقل الإمام عن التقريب جواز بيع الزيتون بالزيتون، وأقره، وجزم به الغزالي في الوسيط[2].

وبه يقاس كل ما لا جفاف له من الثمار.

وأما العسل المصفى فيباع بمثله وبالشمع[3]؛ [لأن الشمع] ليس بربوي.

ولا يباع الشهد[4] بالشهد؛ لتفاوت الرغوة فلا تتحقق المماثلة.

***

بيع الدقيق والسويق والخبز والحب بعضها ببعض

(**ولا يخلص عن الربا التماثل في الدقيق والسويق**) وهو دقيق الشعير المقلي ولم يخالط

---

(١) ينظر: الأُم (٣/ ٣٢٢)، والعزيز (٤/ ٨٢)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٤).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٥/ ٧٣)، والوسيط (٣/ ٥٣).

(٣) الشمع: مادة رخوة تتكون من خليط أغلبه دهني، وما تفرزه النحل، وتصنع منه بيوتها المسدسة. المعجم الوسيط (١/ ٤٩٤).

(٤) الشَّهدُ: العسل ما دام لم يُعصَر من شمعه. ينظر: المصباح المنير (١٦٩) مادة: (شهد).

غيره، وقيل: دقيقه نيِّئاً (والخُبز، فلا يباع بعضها ببعض ولا بحبها)؛ لأنَّ التماثل في الدقيق ونحوه إنما هو بالكيل، وإنه متعذر؛ لتفاوت الانكباس فيها بالنعومة، وأما الخُبز فإن أصله مكيلي لا يجوز أن يباع بالوزن، على أنه لو جاز لحصل التفاوت بتأثير النار، وأما بيعها بحبوبها؛ فلعدم تحقق المماثلة لاختلافها في الانكباس في الحالتين.

(وإنّما المخلص) عن الربا (التماثل حالة كونه حباً)؛ إذ لايظهر التفاوت فيه حساً حينئذٍ، وإن لم يخلُ عن تفاوت، مع أن هذا حالةُ كماله، فلو [منع] البيع فيها أيضاً ضاق الأمر على الناس؛ إذ كثيراً ما يحتاجون إلى مبادلة الحبوب للبذر وغيره.

***

المخلِّص من الربا في بيع الحبوب التي يتخذ منها الأدهان

(وفي الحبوب التي يتخذ منها الأدهان كالسمسم) وبذر الكتان، والبلسان[1] (المخلص) عن الربا (التماثل حالة كونه) أي: كون كل واحد (حباً، أو مصيره دهناً)؛ لأنهما لا يتفاوتان حينئذٍ فيكون حاله الكمال؛ إذ المراد بالكمال أن لا يمكن الارتقاء عنه.

***

المخلِّص من الربا في بيع العنب

(وفي العنب المخلص التماثل حالة كونه زبيباً)؛ لأنها الحالة [التي] ينتهي اليها كماله، ولا بأس بتفاوت الزبيب في الحبات صغراً وكبراً، وكثرةً وقلةً (أو خل عنب)؛ لأنه لا يتوقع له جفاف تختلف به حاله، ولم يخالطه غيره.

وقيد بالعنب؛ لأنَّ خل الزبيب يخالطه الماء فيتفاوت به فتنتفي المماثلة.

(وكذا حالة كونه) أي: كون العنب (عصيراً) بلا اختَلاط ماء (في أصحّ القولين)؛ لأنَّ المراد بالعصير ماء العنب بلا شجير وقذاء فيكون كبيع اللبن باللبن.

---

(١) البَلَسان: شجرٌ صغارٌ كشجر الحِنّاء كثيرُ الورق يَضرِب إلى البياض، يَنبُت بمصر ولحبّه دهن يُتنافَس فيه. العين (٧ / ٢٦٢)، والنهاية (١ / ١٥٢)، وتاج العروس (١٥/ ٤٦٣) مادة: (بلس).

والثاني: لا يخلص التماثل في حالة العصير؛ إذ لا كمال فيه؛ لأنَّ له حالة أخرى يرتقي إليها.

وعصير الرطب والرمان، وقصب السكر على هذا الخلاف.

***

ما يحصل به التماثل في اللبن

(وفي جنس اللبن) النيِّءِ **(المخلِّصُ)** عن الربا **(التماثلُ حالة كونه لبناً أو سمناً)** وهو زبدٌ صفِّي عن المخيض **(أو مخيضاً)** وهو رائب نيءٌ أُخذ منه الزبد ولم يصبَّ فيه الماء **(صافياً)** أي: غير مشوب بغيره، فيجوز بيع بعضها ببعض كيلاً.

ويستوي في الجواز: الحليب، والحامض، والرائب، أي: ماست، والخاثر، أي: [شيرَيْد] ما لم يكن مغلياً بالنار، ولا بأس بما يحويه المكيال من الخاثر وغيره أكثر وزناً.

ويباع السمن وزناً على النص، وقيل: كيلاً .وقيل: وزناً إن كان جامداً، وكيلاً إن كان مائعاً.

والمخيض إذا شيب بالماء لا يباع بالصافِي ولا بالمشيب بالماء؛ للجهل بالمماثلة.

(ولا يغني التماثل في سائر أحواله مثل كونه) أي: اللبن **(جبناً)**؛ لتأثير النار فيه، واختلاطه بالإنفَحَة[1] **(أو أقطاً)**[2]؛ لأنه مخالط بالدقيق وفيه ملح، وكذا في حال كونه زبداً؛ لأنه لا يخلو عن مخالطة مخيض وإن قل.

والمصل كالأقط في أنه مخالط بالدقيق والملح إلا أنه رطبٌ فلا يباع بعضها ببعض؛ إذ لا تتحقق فيها المماثلة المعتبرة[3].

---

(١) الإنفَحَةُ: هي مادة بيضاء صفراوية في وعاء جلدي، يُستَخرَج من بطن الجدي أو الحمل الرضيع، يُوضَعُ منها قَليلٌ في اللبن الحليب فينعقد ويتكاثف ويصير جُبنًا، ويسميها الناس في بعض البلدان: (مَجَبَنَّة). ينظر: المصباح المنير (٣١٧) مادة: (نفح)، والمعجم الوسيط (٢/ ٩٣٨). باللغة الكردية: (ذيلك أو: شيلاوك).

(٢) الأقط: شيء يتخذ من اللبن المخيض يطبخ ثم يترك حتى يَمصُل- أي: ينفصل عنه الماء- أي: هو لبن مجفف يابس مستحجر. الفائق في غريب الحديث (١/ ١٧٩)، والنهاية (١/ ٥٧) ولسان العرب (٧/ ٢٥٧) مادة: (أقط). باللغة الكردية: (كهشك).

(٣) والمَصلُ: عصارة الأقط وهو ماؤه الذي يعصر منه حين يطبخ. المحكم (٨/ ٣٣٦)، والمصباح المنير (٢٩٦) مادة: (مصل). باللغة الكردية: (لوَرك).

الحكم في بيع ما أثّرت النار فيه

(ولا تغني المماثلة في المطعومات التي أثَّرت النار فيها بالطبخ والشيِّ والقلي).

المطبوخ: مايقلى بالماء حباً أو لحماً سواء أختلطت أجزاؤه أم لا.

والمشوي: ما يصطلى بالنار بلا ماء ولا حائل ولا يتصور إلا في اللحوم.

والمقلي: ما يصطلى بحائل بلا ماء حباً أو لحماً.

(فلا يباع المشوي) من اللحوم **(بالمشوي)** وغير المشوي سواء النيئُ والمطبوخ، والمطبوخ بالمطبوخ لحماً أو غيره، وغير المطبوخ نيئاً أو مشوياً.

(و) لا تُباع **(الحنطة المقلية بالمقلية وغير المقلية)** نيِّئةً أومطبوخةً؛ لأنَّ المماثلة غير متحقق فيها؛ لاختلاف تأثير النار فيها قوةً وضعفاً.

وما أثّرت النار فيه بالعَقد :كالدبس والسكر هل يباع بعضه ببعض؟

نقل المحلي فيه وجهين، وصحح عدم الجواز[1].

(ولا بأس بتأثير النار [بالتمييز] والتصفية كما في العسل)؛ فإنّه يُعرض على النار ليُصفى عن الرغوة **(والسمن)**؛ فإنّه يُعرض على النار ليُمَيز عن المخيض، فيجوز أن يباع بعضها ببعض [بعد التمييز] والتصفية، ولا يجوز قبله؛ للجهل بالمماثلة.

والمراد بالعسل: عسل النحل؛ لأن [عسل] المشاش[2] ليس فيه كثير رغوة، فلا بأس[بعدم] التصفية، ثم هو نوع من العسل، فلا يجوز بيعه بعسل النحل بالتفاضل.

***

قاعدة مد عجوة ودرهم

(وإذا اشتملت) أي: احتوت **(الصفقة)** أي: العقد، سُمي صفقةً؛ لأنَّ المتبايعين

---

(١) ينظر: كنز الراغبين (٢/ ٢٧٥).

(٢) ذكر في حاشية المخطوطة (ب): المشاش يشبه النحل يتخذ عسلاً اخضر في صدوع الصخرات. بالكردية: (شـهمه تلێنكة).

يتصافقان أي: يضرب أحدهما يده بيد الآخر في عادة العرب (**على جنس واحد من أموال الربا من الجانبين**) أي: كله جنس واحد من حيث كونها ربوية، فالربوي جنس حقيقي [الجميع] ما يحصل منه الربا نقداً أو قوتاً.

فقوله: "من أموال الربا" بيانٌ للجنس الواحد، أي: وحدتُه بكونه [من] أموال الربا (**واختلف الجنس**) أي: ذلك الجنس الواحد (**من الجانبين**) اختلافاً إضافياً، كاختلاف الفرس والإنسان من جنس الحيوان (**كما إذا باع مُد عجوة**) [وهي] التمر الذي لا يلتصق، ويقال له القصب، وهي أجود أنواع التمر (**ودرهماً بمد عجوة ودرهم، أو**) اختلف الجنس (**من أحدهما**) أي: أحد الجانبين (**كما إذا باعهما**) أي: المد والدرهم[1] (**بمدين**) من العجوة (**أو درهمين**)؛ فإنَّ الجنس مع الواحد الربوي مختلف الأصناف من جانب دون جانب (**أو اختلف النوع من الجانبين**) مع اتحاد الجنس[والصنف] (**كما إذا باع صحاحاً ومكسرة**) هما نوعان من صنف واحد من أموال الربا وهو النقد (**بصحاح ومكسرة**) فالاختلاف بالصفة (**أو**) أختلف النوع (**من أَحدهما، كما إذا باع النوعين بصحاح أو مكسرة فالبيع باطل**)؛ لأنَّ اشتمال أحد الطرفين على مالين مختلفين يقتضي أن يوزع ما في الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة، فالمماثلة فيها يستند إلى التقويم، والتقويم تخمين، والتخمين جهل بالمماثلة، وقد اشترط تحققها عند العقد؛[إذ] التوزيع فيما نحن فيه يؤدي إلى المفاضلة أو عدم تحقق المماثلة؛ لأنه إن اختلفت قيمة المد من الطرفين فتتحقق المفاضلة،[وإن] استوت قيمة المد من الطرفين فالمماثلة غير متحققة؛ لأنه يعتمد التقويم، والتقويم قد يُخطئ.

وفي الصحاح والمكسرة [فيهما] إن استوت قيمة المكسرة من الطرفين لم تتحقق المماثلة، وإن اختلفت تحققت المفاضلة. والتفصيل مذكور في سائر [الشروح] فلا نُصدع به، إن شئت فراجعها[2].

ولو فصل في العقد وجعل المُد في مقابلة المُد أو الدرهم وجعل الدرهم في مقابلة الدرهم أو المُد صح؛ لعدم أنواع الربا.

---

(١) في النسخ زِيدت هنا كلمة: (والعجوة).

(٢) ينظر: شرح المحلي حواشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢١٧).

ولـو لم يشتمل أحد جانبي العقد على شيء مما اشتمل عليه الجانب الآخر: كدينار ودرهم بصاع بُر وصاع شعير أوبصاعي بر أو شعير، أو دينار صحيح وآخر مكسر بصاع تمر من عجوة [وصاع] برني[١]، أو بصاعين عجوة أو برني، جاز؛ لإنتفاء الربا.

***

التفاضل في أدقة الاصول المختلفة وخلولها وأدهانها

(**وأدقة الأصول المختلفة الجنس**) كدقيق البر والشعير والذرة والسلت[٢] مثلاً (**وخلولها**) المتخذة منها كخل العنب والرطب والرمان والسفرجل، والقطب المتخذ من البر والشعير (**وأدهانها**) المأخوذة عنها: كدهن الجوز واللوز والسمسم والبلسان، ومايؤخذ من الحنطة والجلبان[٣] (**أجناسٌ**) [أي:أجناس] مختلفة كأصولها؛ لأنّها فروعها، فلا بأس بالتفاضل في بيع جنس بجنس، ويحرم عند اتحادها.

***

التفاضل في ألبان الأصول المختلفة ولحومها

(**وأصح القولين أن الألبان**) أي: ألبان الأصول [المختلفة] كلبن البقرة والضأن والرمكة[٤] (**واللحوم**) أي: لحوم الأصول المختلفة (**كذلك**) أي: أجناس مختلفة تبعاً لأصولها (**فلا بأس فيها بالتفاضل**) عند الاختلاف، ويحرم عند الاتحاد.

والثاني: أن الألبان كلها جنس واللحوم كذلك؛ لقلة الأختلاف فيها حساً فلايجوز التفاضل فيها مطلقاً[٥].

---

(١) البَرني: هو ضرب من التمر أصفر مدور، وهو أجود التمر. تهذيب الاسماء (٣/ ٢٥)، ولسان العرب (١٣/ ٤٩) مادة: (برن).

(٢) السلت: حب بين الحنطة والشعير لا قشر له كقشر الشعير فهو كالحنطه وكالشعير. الزاهر (١٥١).

(٣) الجلبان: عشب حولي من الفصيلة القرنية تؤكل بذوره، ولونه أغبر أكدر على لون الماش ويُطبخ. المعجم الوسيط (١/ ١٢٨).

(٤) الرَّمَكَةُ: هي أُنثى الخيل. طلبة الطلبة (٢٦٧) (وهق)، وحياة الحيوان الكبرى (١/ ٣٠٩)، بالكردية: ماين أو: نوما.

(٥) ينظر: مختصر المزني (٧٧)، والحاوي الكبير (٥/ ١٢٠و١٥٤).

فعلى الأوّل لحوم البقر والجاموس جنس وكذلك لبنهما، ولحوم الضأن والمعز جنس وكذا ألبانهما، والإبل والخيل جنسان لبناً ولحماً، والوحشي والإنسي جنسان وإن اتّحد الاسم كالبقر والغنم والدجاج؛ فإنها كما كانت إنسيات كانت وحشيات.

***

بيع اللحم بالحيوان

(ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان المأكول من جنسه) بلا خلاف عندنا؛ لعدم المماثلة بين اللحم المفرز واللحم الذي في الشاة؛ إذ لا يعرف ما في الشاة مثلاً بالوزن والتخمين، وجهلٍ بالمماثلة **(وأصح القولين**[1] **أن [الحكم في بيعه)** أي: اللحم **(بغير جنسه من المأكول وغيره كذلك])**؛ لأنه ﷺ **«نهى عن بيع اللحم بالحيوان»**[2]، رواه أبو داود عن سعيد بن المسيب مرسلاً، وأسنده الترمذي[3]، مع أن مراسيل ابن المسيب مقبولة عند

---

(١) ينظر: الأم (٣/ ٤٤٢)، ومختصر المزني (٧٨).

(٢) روي هذا الحديث مرسلاً ومسنداً كما ذكره الشارح: فأما المرسل: فهو حديث التابعي سعيد بن المسيب ﷺ: أخرجه مالك (٤/ ٩٤٧)، رقم (٢٤١٤)، وأبو داود في المراسيل (١٦٧)، رقم (١٧٨)، والدار قطني (٤/ ٣٨)، رقم (٣٠٥٦)، والحاكم (٢/ ٤١)، رقم (٢٢٥٢)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٤٨٣)، رقم (١٠٥٧٠) و (٥/ ٤٨٤)، رقم (١٠٧٥١). وقال: هذا هو الصحيح، ورواه يزيد بن مروان الخلال عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد عن النبي وغلط فيه، وفي الصغرى (٤/ ٢٨٢)، رقم (١٤٩١). وأما المسند: فله روايتان: الأولى: حديث الصحابي سهل بن سعد ﷺ: أخرجه الدار قطني عن يزيد بن مروان: (٤/ ٣٨)، رقم (٣٠٥٦)، وقال: تفرد به يزيد بن مروان عن مالك بهذا الإسناد ولم يتابع عليه وصوابه في الموطأ عن ابن المسيب مرسلاً، واخرجه أبو نعيم في الحلية (٦/ ٣٣٤)، وقال عنه غريب. وقال البيهقي أيضاً عن هذا الاسناد: غلط فيه يزيد بن مروان وهو باطل، ينظر السنن الصغرى (٤/ ٢٨٢)، وقال يحيى بن معين: يزيد بن مروان كذاب، ينظر: تاريخ ابن معين رواية عثمان الدارمي (٢٣٥)، والتحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ١٧٦).

والثانية: حديث الصحابي عبدالله بن عمر ﷺ: أخرجه البزار في مسنده (١٢/ ٢٠٥)، رقم (٥٨٨٨)، وقال: هذا اللفظ لا نعلَمُ رواه عَن نافع إلاَّ ثابت وثابت رجل من أهل البصرة. وقال ابن الملقن: "ثابت هذا ضعفوه، وَالصحيح في هذَا الحَدِيث الإِرسَال كَمَا صرح بِهِ الدارقُطنِي والبَيهَقِيّ وَغَيرهمَا". البدر المنير (٦/ ٤٨٦).

(٣) عن ابن عمر وابن عباس بلفظ: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم نسيئة»، وقال: سألت محمدًا عن هذا الحديث فقال: قد روى داود بن عبد الرحمان العطار عن مَعمر هذا وقال: عن ابن عباس، وقال الناس: عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلا، فوهن محمد هذا الحديث. علل الترمذي (١٨٢)، رقم (٣١٩) و (٣٢٠).

الشافعي[١] رحمه الله، وروى الحاكم في المستدرك: «**أنه ﷺ نهى أن تباع اللحم بالشاة**»[٢].

قال الأصوليون: هذا [النهي] تعبدي لا يُسأل عن لمِّيَّته كأوقاص الزكاة[٣] وأعداد الصلوات.

والثاني: الجواز: أما في المأكول؛ فلإن اللحوم أجناس فيجوز ذلك [بالقياس على بيع] اللحم باللحم.

وأما في غير المأكول؛ فلأن سبب المنع بيع مال الربا بأصله المشتمل عليه، وهو منتفٍ هنا.

وأُجيب: بما ذكرنا من أن النهي تعبديٌّ [لا يعقل] لمِّيَّته.

وقوله: "بغير جنسه" [يشمل] الرقيق حتى لو باع اللحم بعبدٍ أو أمةٍ فعلى الخلاف.

[البيوع المنهيّ عنها]

(فصل) في بيان البيوع المنهية وأحكامها: **(نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل)**[٤].

العسب في اللغة: الميل إلى الجماع، يقال: عسب العير إلى النزوان أي مالَ، وقال في التعليقة: هو الجماع عينه[٥]. واختلاف التفسير فيه مبني على إرادة الحديث منه.

(وهو ضرابه) أي: نزوانه على الأنثى، وهذا يوافق لغته الأصلية **(ويقال: ماؤه، وقيل: الكراء المأخوذ على الضراب)**[٦] فيقدر في الحديث مضافٌ في التفسيرين الأولين،

---

(١) ينظر: النكت على مقدمة ابن الصلاح: (١/ ٤٧٩)، وتدريب الراوي: (١/ ١٩٩).

(٢) حديث الصحابي سمرة بن جندب: أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٤١)، رقم (٢٢٥١)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد رواته عن آخرهم أئمة حفاظ ثقات و لم يخرجاه،و قد احتج البخاري بالحسن عن سمرة، ووافقه الذهبي في احتجاج البخاري بالحسن عن سمرة، والبيهقي في الكبرى: (٥/ ٤٨٣)، رقم (١٠٥٦٩)، وصحح اسناده،وقال: ومن أثبت سماع الحسن البصري من سمرة بن جندَب عده موصولاً ومن لم يثبته فهو مرسل جيد يضم إلى مرسل سعيد بن المسيب والقاسم بن أبي بزة وقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

(٣) والأوقاص: هي ما بين الفريضتين في أنصبةَ زكاة الإبل والبقر والغنم. الموسوعة الفقهية الكويتية (٧/ ١٩٠).

(٤) حديث الصحابي عبدالله بن عمر رضي الله عنه: أخرجه البخاري، رقم (٢٢٨٤).

(٥) لم نجد هذا القول لا في التعليقة للقاضي حسين على مختصر المزني ولا في تهذيب البغوي المأخوذ من التعليقة.

(٦) تهذيب اللغة (١/ ١٨٨)، والصحاح (١/ ١٨١)، ولسان العرب (١/ ٥٩٨) مادة: (عسب).

أي: نهى عن بذل عسب الفحل من أُجرة ضرابه وثمن مائه، [أي: نهى عن] بذلِ ذلك وأخذِه.

(**فيحرم بذل المال له**) أي: للعسب (**على طريق البيع**) وفاقا؛ لأنه إن كان ضرابه فهو غير مقدور التسليم؛ لأنه مَناط بطبعه، وإن كان ماءه فهو غير معلوم وغير متقوم وغير مقدور.

(**وكذا على طريق الإجارة في أصحّ القولين**)(١)؛ لأطلاق النهي، ولأن ضرابه غير مقدور للمؤجر؛ لتعلقه باختيار الفحل.

والثاني: يجوز استئجار الفحل للضراب؛ كالاستئجار لتلقيح النخل.

وهو مما يجوز أن يُفتى به؛ لأنه يمكن أن تجعل الأُجرة في مقابلة تعبه وإتيانه وذهابه(٢).

ويجوز أن يعطيَ صاحبُ الأُنثى صاحبَ الفحل هديةً؛ لقوله ﷺ: «**أكرموا أصحاب الفحول**»(٣).

ويستحب الإعارة للضراب؛ لعموم البلوى.

بيع حبل الحبلة

(**ونهى عن حبل الحبلة**)(٤) بفتح الحاء، هكذا ضبطها الشيخان (**وهو نتاج النتاج**) لغةً؛ لأنَّ [الحبل هو الحمل، والحبلة صاحب الحمل]، ويُستعمل في الكروم المثمرة أيضاً وفُسِرَ) على حسب إرادة الحديث في النهي (**بأن يبيع الشيء إلى أن ينتج نتاج الدابة**) ثم يأخذ الثمن، أويردَّ المبيع، (و) فسر (**أيضاً: بأن يبيع نِتاج النِتاج**) أي: ولد ولد الدابة، وهو بكسر النون مصدر كالنفاق بمعنى المنتَج بفتح التاء؛ تسميةً للمفعول بالمصدر.

وبطلان البيع على التفسير الأول؛ لكونه على أجل مجهول.

---

(١) ولكن ذكر الإمام الرافعي في العزيز (٤/ ١٠١)، والنووي في الروضة (٣/ ٧٠): أنه من الوجهين وليس من القولين.

(٢) وبه قال ابن أبي هريرة. ينظر العزيز (٤/ ١٠١).

(٣) لم أجده في مصدر.

(٤) أخرجه البخاري، رقم (٢١٤٣)، ومسلم، رقم (٥ - (١٥١٤).

وعلى الثاني؛ لكون المبيع غير معلوم ولا مقدور [التسليم].

***

بيع الملاقيح والمضامين

(وعن الملاقيح) جمع ملقحة بمعنى اللقحة: وهي الماء المجتمع في بطون الإبل **(وهي ما في بطون الأمهات)** من النطفة المجتمعة فيها قبل العلوق.

وقيل: المراد الأجنة. والأول أنسب؛ لئلا يتكرر مع قوله: " ولا يصح بيع الحمل وحده "، وليناسب المضامين.

(وعن المضامين) جمع مضمون: وهو ما احتوى به الشيء **(وهي ما في أصلاب الفحول)** من المياه[1].

ولا يكون ذلك مكرراً مع قوله: " عسب الفحل " وإن فُسِر بالماء؛ لأنَّ هذا نصٌّ في الماء، وذلك مختلف فيه، بل الصحيح هنا هو الضراب.

وعلة النهي في المضامين والملاقيح: عدم العلم بها، وعدم الرؤية، وعدم القدرة، ووجود الغرر.

بيع الملامسة

(وعن بيع الملامسة[2]، وفسر بأن يأتي) البائع **(بالثوب المطوي فيلمسه الراغب)** الذي يريد شراءه **(ويبيعه صاحبه منه)** أي: من الراغب **(على أن يقوم لمسه مقام نظره)** **فهو باطل؛** للغرر، وعدم الرؤية. وقوله: **(ولا خيار له إذا رآه)** من تتمة قول الصاحب، أي: على أن لا خيار له إذا رآه، ولا يتوقف بطلان البيع إلى هذا الشرط إلا عند من يقول بالقديم أو كان حنفياً[3].

---

(١) «لأنَّ رسولَ الله ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح ...» أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٢٠) رقم (١٤١٣٨)، وصحح ابن حجر اسناده. ينظر: الدراية (٣/ ١٤٨)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١/ ٢٣٠)، رقم (١١٥٨١)، قال الهيثمي: فيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة وثقه أحمد وضعفه جمهور الأئمة، وضعف ابن حجر هذا الاسناد. ينظر: مجمع الزوائد (٤/ ١٨٨)، والدراية (٣/ ١٤٨).

(٢) صحيح البخاري، رقم (٢١٤٤)، و (٢١٤٦)، ومسلم، رقم (١ - (١٥١١).

(٣) أي: لعدم جواز بيع الأعيان الغائبة عندنا.

(و) فسر (أيضاً بأن يقول: إذا لمست ثوبي هذا فهو مبيع منك بكذا) فهو باطل أيضاً؛ للتعليق، والغرر، وعدم الصيغة.

وكذا الحكم لو باع شيئاً على أنه متى لمسه لزم البيع وانقطع خياره.

***

بيع المنابذة

(وعن بيع المنابذة)[1] النبذ: الرمي والإلقاء (وفُسِر: بأن يجعل) البائع (النبذ بيعاً) وذلك بأن يقول الراغب: انبِذ علي ثوبك بعشرة دراهم، أو قال الصاحب: أنبِذُ إليك ثوبي بكذا فيأخذه الراغب، فيكتفيان بذلك عن الصيغة، وفُسر أيضاً بأن يقول: بعتك هذا بكذا على أني إذا نبذتهُ إليك لزم البيع وانقطع الخيار.

وعلة النهي: عدم الرؤية، مع الشرط الفاسد.

***

بيع الحصاة

(و) نهى (عن بيع الحصاة، [2]وفُسر: بأن يقول) البائع: (بعتك ثوباً من هذه الأثواب وأرمي بهذه الحصاة فعلى أيها وقعت) من الثوبين (فهو مبيع منك) ويقول المشتري: قبلت، أو: اشتريت.

وعلة النهي فيه: الغرر، والجهل بالمبيع.

(و) فسر (أيضاً: بأن يجعل الرمي) أي: رميَ الحصاة (بيعاً) بأن يقول: إذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب مبيع منك- فيكون نفس الرمي بيعاً- ويقبل المشتري، فهو باطل؛ لفقدان الصيغة من البائع.

(و) فسر (أيضاً: بأن يقول) البائع: (بعتك) ثوبي (بكذا على أنك بالخيار إلى أن أرميَ

---

(١) البخاري، رقم (٢١٤٤)، ومسلم، رقم (١- (١٥١١)، و (٣/ ١١٥٢)، و (٢ - (١٥١١).

(٢) حديث الصحابي أبي هريرة ﷺ في صحيح مسلم، رقم (٤ - (١٥١٣)

بهذه الحصاة) وإذا رميتُها لزم البيع وانقطع خيار المجلس، ويقبل المشتري، وبطلانه؛ لاقترانه بالشرط الفاسد، وهو الجهل بمدة الخيار.

***

بيعتان في بيعة

(و) نهى (عن بيعتين في بيعة)(١) (وفُسِرَ بأن يقول: بعتك بألف نقداً) أي: حالًّا (أو بألفين نسيئةً) أي: مؤجلًّاً (إلى سنة فخذ بأيهما شئتَ أنت أو شئتُ أنا) وهو باطل؛ لأنه لا يعلم أيهما الثمن، وجهالة الثمن يمنع صحة البيع كجهالة المبيع، بأن يقول: بعتك هذا العبد أو هذه الجارية بكذا.

وليس البطلان للتعليق بالمشيئة كما ظُن؛ إذ لو قال: بعتك هذا العبد بألف نسيئةً إلى سنة إن شئتَ، فقال المشتري: اشتريتُ هكذا صح البيع وفاقاً.

***

حكم البيع بالتقسيط

وليس من قبيل النهي ما لو قال: بعتك بألف نقداً وألفين نسيئةً إلى سنةٍ؛ فإنّه يصح البيع بثلاث آلاف: ألفٍ نقداً وألفين نسيئةً(٢).

(و) فُسِر (أيضاً: بأن يقول: بعتك هذا الثوب بكذا على أن تبيعني دارك بكذا) أوعلى أن تشتري مني فرسي بكذا، فهو باطل؛ لأنه بيعٌ بشرط قد يؤدي إلى المضايقة والنزاع، وفيه غرر.

***

---

(١) أخرجه الترمذي، رقم (١٢٣١)، وقال: حديث حسن صحيحٌ، والنسائي، رقم (٤٦٣٢)، وصححه ابن حبان وابن الملقن، والهيثمي. ينظر: صحيح ابن حبان (١١/ ٣٤٧)، والبدر المنير (٦/ ٤٩٦)، ومجمع الزوائد (٤/ ١٥١)، وأبو داود، رقم (٣٤٦١) بلفظ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكَسُهُمَا أو الرِّبَا»، صححه الحاكم وقال: على شرط مسلم، ووافقه الذهبيّ بكونه على شرط مسلم. ينظر: المستدرك (٢/ ٥٢).

(٢) وهو ما يسمى اليوم بالبيع بالتقسيط، أو البيع بالآجل، فهو جائز.

بيع وشرط

(و) نهى (عن بيع وشرط)[1] أيَّ شرط كان، فلا يكون مكرراً مع التفسير الثاني للبيعتين في بيعة (كالبيع بشرط البيع) بأن يقول: بعتك هذا بكذا على أن تبيعني عبدك أو ثوبك بكذا، وقبل المشتري (أو القرض) بأن قال: بعتك هذا على أن تقرضني كذا أو على أن أُقرضك كذا، فالبيع باطل؛ لأنَّه جعل البيع المشروط أو القرض المشروط كجزء من الثمن وهو فاسد فبطل بعض الثمن، ولا يمكن تقويمه ليوزع الثمن عليهما باعتبار القيمة فيخرج على تفريق الصفقة فيبطل العقد كله.

ثم إذا أتيا بالمشروط وهو البيع الثاني أو القرض، فإن علما بطلان الأول: صح الثاني وفاقاً؛ لأنّهما [لا يأتيان به] على حكم الشرط الفاسد فهو إنشاءُ عقد صحيح، وإن لم يعلما بطلانه وأتيا بالثاني وفاءً بالشرط، قال البغوي: بطل الثاني أيضاً؛ [لإتيانهما به] على حكم الشرط الفاسد، وقال النووي: القياسُ صحته؛ إذ ليس فيه شرطٌ، لا فاسداً ولا صحيحاً، وإنما الشرط في الأول، وأعزاهُ إلى إمام الحرمين وشيخه[2].

(ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده البائع، أو) اشترى (ثوباً بشرط أن يخيطه) أي: البائع (بكذا) ثمناً وأُجرةً في كِلا الصورتين (فالأصح) من ثلاثة أوجه حاصلة من ثلاثة طرق في المسألة (بطلانهُ) أي: بطلان البيع؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد؛ إذ مقتضاه أن يكون على المشتري، ولأنه شرط فيما لا يملكه، ولأنه جعل الإجارة شرطاً في البيع فهو كبيعتين في بيعة.

والثاني: يصح البيع ويلزم الوفاء بالشرط، فيكون في المعنى بيعاً وإجارة يوزع المسمى

---

(١) لفظ الحديث في: «المعجم الأوسط للطبراني (٤/ ٣٣٥) رقم (:٤٣٦١ –م) حَدَّثَنِي عَمرُو بنُ شُعَيبٍ، عَن أَبِيهِ، عَن جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ «نَهَى عَن بَيعٍ وَشَرطٍ، البَيعُ بَاطِلٌ، وَالشَّرطُ بَاطِلٌ» ثُمَّ أَتَيتُ ابنَ أَبِي لَيلَى، فَأَخبَرتُهُ، فَقَالَ: لَا أَدرِي مَا قَالَا"، وقال: لم يرو هذا الحديث عن أبي حنيفة إلا عبد الوارث، وابن حزم في المحلى (٨/ ٤١٥)، والحاكم في معرفة علوم الحديث (١/ ١٢٨)، وفي إسناده مقال والحديث غريب. ينظر: مجمع الزوائد (٤/ ١٥٢)، والمجموع (٩/ ٢٧٢).

(٢) ينظر: الروضة (٣/ ٧٧)، ولكن في المجموع رجح القول الذي قال به البغوي وهو بطلان الثاني. ينظر: المجموع (٩/ ٢٧٧).

عليهما باعتبار القيمة، فهو كالجمع بين العقدين المختلفين كما يجيء.

والثالث: صح البيع وبطل الشرط، ويلزمه ما يقابل المبيع من المسمى، ويسقط ما يقابل الحصاد أو الخياطة.

وهذا الخلاف حاصل الطرق الثلاثة في المسألة ذكره المصنف في الشرحين، والنووي في الروضة: **أحدها:** بطلان البيع والشرط قولاً واحداً.

والثانية: فيهما القولان المذكوران في الجمع بين البيع والإجارة.

والثالثة: يبطل الشرط، وفي البيع قولا تفريقِ الصفقة[1]

***

الصور المستثناة عن النهي عن بيع وشرط

(**ويُستثنى عن هذا النهي**) أي: النهي عن بيع وشرط مما يتناوله الإطلاق (**صورٌ: منها: البيع بشرط الخيار**) استثناهُ الشارع؛ تقييداً لذلك الإطلاق (**وبشرط البراءة عن العيوب**) استثناهُ الإجماع؛ أتباعاً للعُرف.

(**وبيع الثمار بشرط القطع**) استثناهُ الشارع؛ حذراً عن اختلاط الملكين (**وسنذكرها**) في مظانّها إن شاء الله تعالى.

(**ومنها: شرط الأجل المعلوم في الثمن إذا كان في الذمة**) استثناهُ الشارع رفقاً بالمشتري؛ إذ ربما لا يكون الثمن موجوداً واحتاج المشتري إلى الشراء لدفع الفاقة وغيره، فيكون الثمن في الذمة، وإرساله في الذمة مطلقاً يؤدي إلى النزاع، فاستثنى شرط الأجل المعلوم لذلك، قال الله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ الآية. (البقرة:٢٨٢).

وشرط كون الثمن في الذمة احترازٌ عن الثمن المعين؛ فإنَّ شرط الأجل فيه فاسد، كما إذا قال: بعتك عبدي بهذه الدراهم على أن تسلمها إلي في وقت كذا[2]؛ لأنَّ الأجل رفقٌ

---

(١) ينظر: العزيز (٤/ ١٠٦)، ورجح الطريق الأول، وروضة الطالبين (٣/ ٧٧).

(٢) شرح المحلي على المنهاج وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٢٢).

ثبت من الشارع لتحصيل الحق في المدّة، والمعين حاصل، ذكره المصنف في الكبير[١].

(**ولا يجوز**) الأجل (**المجهول كمجيء المطر**)؛ لمخالفته لمقتضى النص، ولإفضائه إلى المنازعة.

(**ومنها: شرط الرهن أو الكفيل في الثمن[إذا كان] في الذمة**) استثناهُ الشارع؛ للحاجة إلى الرهن والكفيل في مبايعة من لا يرضى إلا بهما، وثبت ذلك بالكتاب والسنة (**بعد تعيينهما**) - ظرف للشرط- أي: إنما يُستثنى هذا الشرط بعد تعيينهما[٢].

وأما لو شرط الرهن أو الكفيل مطلقاً ثم عين بطل الشرط؛ لإفضائه إلى النزاع في التعيين، بخلاف ما لو عيَّنا قبل الشرط.

ثم التعيين في الرهن بالمشاهدة أو الوصف بصفات السَلَم، وفي الكفيل بالمشاهدة أو بالاسم والنسب، ولا يكفي الوصف كموسر وثقة وسهل الأداء وغيرها، قال في الكبير: هذا هو المنقول، ولو قيل: الاكتفاء بالوصف أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يُعرف حاله لم يُبعَد[٣]. وفائدة تقييد الثمن بالذمة ماذكرنا في شرط الأجل.

واعلم أنه لا يجوز أن يكون الرهن المبيع، فلو شرط رهن المبيع بالثمن بطل البيع والشرط؛ لأنه شرط في ما لا يملكه حال الشرط.

(**ومنها: شرط الإشهاد**) واستثناهُ [الشارع]؛ دفعاً للخصومات، وقال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾(البقرة: ٢٨٢).

(**والأظهر**) من الوجهين (**أنه لا يعتبر**) أي: لا يشترط (**تعيين الشهود**) قبل الشرط، بل لو أطلق شرط الإشهاد ثم عينا في مجلس العقد جاز؛ لأنَّ الغرض من الشهود العدالة؛ لإثبات الحق، وذلك لا يختلف بالتعيين وعدمه، فمن جعلاه شاهداً وهو عادل فكأنه معين لذلك.

والثاني: يشترط تعيين الشهود؛ قياساً على الرهن والكفيل.

---

(١) العزيز (٤/ ١٠٧).

(٢) أي: الرهن والكفيل.

(٣) العزيز (٤/ ١٠٨).

وأُجيب بالفرق: بأن الغرض يتفاوت في الرهن والكفيل في البيع والزواج وكثرة الراغب وقلتهم، وسهل الاداء، والإمطال وحسن المحاورة، [والمخاشنة] والطلاقة، والعبوس، بخلاف الشهود؛ فإن الحق يثبت بأي عدول كانوا.

وفي النهاية للإمام: أنه لا خلاف في تعيين الشهود أولاً، بل الخلاف فيها إذا عينا الشهود هل يتعينون حتى لا يجوز البيع إلا بحضور المعينين، أم لا يتعينون حتى يجوز البيع بأي شهود كانوا؟[1]. وعبارة الكتاب يخالفه.

(**ثم إذا لم يرهن المشتري ما شرطه**) البائع (**أو لم يتكفل**) الكفيل(المعين، **فللبائع الخيار في**) **فسخ** (**البيع**)؛ لفوات استيثاقه بفوات ما شرطه، وإن عينا شهوداً فامتنعوا من التحمل فثبوت الخيار للبائع مبنيٌّ على الوجهين في تعيين[الشهود]، فإن قلنا بالاشتراط فله الخيار، وإلا فلا.

(**ومنها: شرط العتق في العبد المبيع**) أستثناهُ الأئمة؛ رفقاً بالرقاب (**فأصح القولين أنه**) أي: شرط العتق (**غير مفسد للعقد ولا فاسد في نفسه**)؛ لاهتمام الشارع في فك الرقاب، وحيازة الأجر لمتعاطيه[2].

والثاني: أنه فاسد في نفسه مفسد للعقد، كما لو شرط بيعه أو رهنه.

وفيه قول آخر: أنه فاسد في نفسه غير مفسد للعقد[3]. فعلى هذا حكاية القولين في الكتاب سهو من النساخ[4]، والصواب أن يقال: والأصح، بلا إضافة إلى القولين.

(**والأصح**) من الوجهين على القول بالصحة (**أن للبائع مطالبة المشتري بالإعتاق**)؛ **لأنَّ** المشترى قد التزم إعتاقه بالشرط فهو كما لو التزم بالنذر، مع أن البائع مثابٌ على شرطه، وله غرضٌ في تحصيله وإن قلنا: إن الحق في العتق لله تعالى.

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٦/ ٢٢٧).

(٢) الأم (٣/ ٤٥٤)، والحاوي (٥/ ٣١٤)، ونهاية المطلب (٥/ ٢٨٠)، والمجموع (٩/ ٢٧٠) ورجح القول الأوّل أكثر الشافعية.

(٣) ينظر: نهاية المطلب (٥/ ٣٧٧).

(٤) والذي يبدو أنه ليس سهواً؛ وذلك أنه ذكر في الشرح الكبير قولين أيضاً (٤/ ١١٠)

والثاني: أنه لا مطالبة له؛ لأنَّ الأصحّ [أنه حق] لله تعالى ولا ولاية له في حق الله تعالى.

وإن قلنا: الحق له فله المطالبة به بلا خلاف، ويسقط بإسقاطه.

فان قلنا بالاول فإن امتنع مِن الإعتاق أجبره السلطان؛ بناءً على أن الحق فيه لله تعالى.

وإن قلنا: للبائع وأمتنع المشتري فله الخيار في فسخ البيع. واذا أعتق فالولاء له وإن قلنا: إن الحق للبائع.

(وأنه) أي: والأصحّ أنه ـ وهو من الوجهين[1]. وقيل: من القولين منصوص ومخرج- **(لو شرط)** البائع **(مع العتق أن يكون الولاء له لم يصح البيع)**؛ لما فيه من مخالفة ما نص عليه الشارع في حديث بريرة[2]: **«الولاء لمن أعتق»**[3].

والثاني: بطل الشرط، وصح البيع[4].

ورُد: بأن ذلك الشرط متضمن لارتفاع العقد؛ لاقتضائه نقل الملك إلى البائع.

(وكذا لو شرط) البائع **(تدبير العبد أو كتابته أو إعتاقه بعد شهر)**؛ لأنَّ الشرط خلاف القياس، وإنما أجازوه في العتق المنجز؛ لتشوق الشارع إليه، وهومنتف هناك.

والثاني: صح البيع وبطل الشرط[5].

وأُجيب: بأن الحكم بصحة البيع وفساد الشرط تفويت لغرض البائع، وموقع له في التنديم؛ لأنه كان محتسباً فيه لله تعالى.

وقال أبو إسحاق[6]: فلو شرط عتق بعضه، أوباع بعضه بشرط العتق فهو كما

---

(١) وهو الأرجح حيث قال به الإمام الرافعي والنووي. ينظر: العزيز (٤/ ١١٣)، والمنهاج (٤٦).

(٢) هي مولاة عائشة رضي الله عنها، اشترتها ثم أعتقتها وكانت تخدمها قبل أن تشتريها. الإصابة (٧/ ٥٣٥)، رقم (١٠٩٢٨).

(٣) حديث عائشة في البخاري، رقم (١٤٩٢)، ومسلم، رقم (٥ - (١٥٠٤).

(٤) ذكر الإمام النووي أنه قول شاذ. ينظر: المجموع (٩/ ٢٧٠).

(٥) ينظر: البيان (٥/ ١٢٢).

(٦) قال النووي: وحيث يطلق أبو إسحاق في المذهب فهو المروزي، توفي (٣٤٠هـ).

لـوشرط تدبـيره، وفي الرونـق مـا يقتـضي صحتـه.

(ومنهـا: شرط مـا يقتضيه العقـد، كـشرط القبـض، و) شرط **(الـرد بالعيـب، لا يؤثـر في البيـع)** أي: في بطـلان البيـع؛ إذ لا يزيـد هـذا الـشرط شـيئاً ممـا يـضر أو ينفـع المتعاقديـن فوجـوده وعدمـه سـواء وذلـك بالاتفـاق.

(وكـذا) لا يؤثّـر في البيـع **(لـو شرَط مـا لا يتعلـق بـه غـرض صحيـح مثـل: أن لا يـأكل إلا كـذا، أو لا يلبـس إلا كـذا)**؛ إذ لا يجلـب نفعـاً ولا يدفـع ضرّاً عـن المتبايعـين فهـو ممـا [لا يعنيهـما].

ونقـل المتـولي عـن الأُم: أنـه يفسـد البيـع؛ إذ ربـما يشـترط مـا يـضر المبيـع مـن خشـونة العيـش والمضايقـة عليـه، ويمتثـل المشـتري[1]

(ومنهـا : لـو شرط) المشـتري **(في المبيـع وصفـاً مقصـوداً، مثـل: كـون العبـد كاتبـاً)** أو خياطـاً أوفقيهـاً بأبـواب الـزكاة ليجعلـه عامـلاً عـلى زكاتـه **(صـح البيـع)** بالإجمـاع؛ إذ مثـل هـذا الـشرط لا يتعلـق بأمـر مسـتقبل، والظاهـر أنَّ الملتـزم إنـما [يُلتـزم] عنـد كونـه محصـلاً، فـلا يترتـب عليـه غـرر **(وللمشـتري الخيـار لـو تبـيَّن خلافـه)**؛ لانتفـاء الغـرض الصحيـح للمشـتري بانتفـاء المـشروط.

***

شرط كون الدابة حاملاً أو لبوناً

(ومـن هـذا القبيـل شرط كـون الدابـة حامـلاً أو لبـوناً عـلى الأصـح) مـن القوليـن[2]؛ قياسـاً عـلى شرط الكتابـة ونحوهـا، والجامـع كونهـما مقصوديـن.

والثـاني: لا يصـحُّ فيهـا؛ لأنهـا يتعلقـان بأمـر مسـتقبل، والعاقـد جاهـل بهـما حالـة العقـد ففيـه غـرر، ويفـارق الكتابـة؛ لإمـكان العلـم بهـا في الحـال بالاختبـار.

---

(١) لم أجد هذا القول في الأم، ولكن ذكره الشيخان من قول المتولي من غير نسبة إلى الشافعي. العزيز (٤/ ١١٥)، والروضة (٣/ ٨٢).

(٢) قال النووي: وقيل أنه من الوجهين، وذكر صاحب البيان والغزالي بأن فيه قولين. ينظر البيان: (٥/ ٩٥)، والوجيز: (١/ ١٣٩)، وروضة الطالبين: (٣/ ٨٣).

وأُجيب: بأن العلم بما شرط في الدابة في ثانِي الحال كافٍ، وعموم البلوى به.

وتخصيص الدابة بالذكر يوهم عدم جريان الخلاف في الجارية حيث شرط في البيع حملها، وهو كذلك عند الأصطخري وصاحب الرونق[1]؛ لأنَّ الحمل فيها عيب، واشتراطه إعلام بالعيب، فهو كما لو باعها سارقةً أو آبقةً.

والطريق الأصحّ جريان الخلاف في بيعها أيضاً، وإذا صححنا فللمشتري الخيار عند الخلف.

(ولو قال) البائع: **(بعتكها وحَملها)**أي: مع حملها **(فالأظهر)** من الوجهين **(بطلان البيع)**؛ لأنه جعل الحمل المجهول جزءاً من المبيع، ولا يمكن توزيع الثمن عليهما باعتبار القيمة؛ للجهل بالحمل وقيمته، فيبطل في الحمل ويسري البطلان إلى الكل.

ولا يقاس على بيع الدابة بشرط كونها حاملاً؛ لأنَّ الحاملية هنا وصف تابع في المبيع لا جزءٌ منه فافترقا.

والثاني: أنه يصح؛ لأنه لو سكت عن الحمل دخل في البيع البتة، فالتنصيص عليه وعدمه سواء: كما لو قال بعتك هذا الجدار وأساسه، أو هذه الشجرة وعروقها.

حكم أستثناء الحمل من البيع

(ولا يصح بيع الحمل وحده)؛ لعدم العلم بصفاته وإن قلنا: إنَّ الحمل يعلم بالمخايل والأمارات، مع عدم القدرة على التسلِيم.

ووجه دفع تكرار هذا مع الملاقيح قد ذكرنا في بيع الملاقيح، ولو حملنا الملاقيح على الأجنّة ففيه تكرار، إلا أنّه ذكر ثمة؛ استطراداً للمنهيات، وهنا؛ توطئة لما بعده، وهو قوله: **(ولا إذا باع واستثنى الحمل)**؛ لأنّه لا يفرد بالبيع فهو كعضو منها، فلا يقبل الاستثناء.

وفي وجه: يصح البيع ويستثنى الحمل؛ إذ المبيع معلوم وهو الدابة، والمستثنى هو المجهول فلا يضر بالبيع؛ لأنَّ المقصود [حينئذٍ] سواه.

***

(١) أبو حامد أحمد بن محمد الإسفرائيني (ت:٤٠٦هـ)، والرونق كتاب في الفقه الشافعي.

بيع الجارية الحاملِ بحُرٍّ

(ولا إذا باع جارية حاملاً بحرٍّ) بأن وطئها حر بشبهة، أو أحبلها سيدها حيث لا يصحُّ استيلاده: كما إذا كانت مرهونة وهو معسر.

وبطلان البيع؛ لأنّه لا يدخل في البيع وهو جزء من المبيع فيبطل بعين ما ذكر في استثناء الحمل.

وفي وجه: يصح البيع ويكون الحمل مستثنى شرعاً، ولا يضر الجهلُ به بالبيع؛ لأنّه غير مقصود.

***

بيع الحامل مطلقاً

(ولو باع الحامل مطلقاً) أي: بغير شرط دخول الحمل أو استثنائه **(دخل الحمل في البيع)**؛ لأنه جزء متصل في البيع فأشبه السمن. وهذا إذا كان الحمل لصاحب الأُم.

أما إذا لم يكن له: كما إذا باع دابة حاملاً ورُدَت بعيب أو إقالة أو إفلاس وقلنا: إن الحمل للمشتري فباعها البائعُ ثانياً قبل الانفصالِ بطل البيع كما في الحامل بحر. والله أعلم.

فرع: ولو حذف الشرط المفسد في المجلس قبل التفريق لم ينقلب العقد صحيحاً؛ إذ لا حريم لفاسد العقود، بخلاف مالو أُلحق في عقدٍ شرطٌ صحيح: -كشرط الخيار وكون الدابة حاملاً أو لبوناً، أو العبد كاتباً، ونحوذلك-، بعد العقد وقبل التفريق؛ لأنَّ المجلس حريم العقد الصحيح.

***

المنهيات التي لا يقتضي النهي فسادها

(فصل) أعلم أن الأصل في النهي التحريم، إلا أن يكون على سبيل الإرشاد.

ثم النهي الواقع في باب المعاملات والمناكحات بل في العبادات على قسمين:

قسم يتوجه إلى ذات الشيء وعينه.

وقسم يتوجه إلى ما يقارن ذات الشيء وعينه لا إليه.

فالقسم الأوّل يوجب فساد ما يتوجِه عليه؛ عملاً بمقتضاه بإجماع الأصوليين.

وأما القسم الذي يتوجه إلى ما يقارن ذات الشيء فلا يوجب فساد ذلك الشيء، خلافاً لابن بطة المالكي[1].

فلما كان من البيوع ما لا يتوجه النهي إلى ذاتها ليفسدها كالمنهيات السابقة أفردها بفصل وقال: **(ومن البيوع المنهية ما)** أي: بيوعٌ **(لا يوجب النهي عنها الفساد؛ لرجوعه)** أي: النهي **(إلى معنى يقترن بها)** أي: بتلك البيوع، وإنما لم يوجب الفساد؛ لأنَّ المقصود بالنهي ليس هو المعقود عليه، بل بأمر غير مرضٍ ليس بلازم للمعقود عليه ولا للعقد، مثلاً: كالنهي عن البيع وقت النداء؛ فإنّه غير راجع إلى البيع ولا إلى المبيع؛ بدليل جواز البيع في غير ذلك الوقت، ولو ترك السعي إلى الجمعة بغير البيع كان مرتكباً للنهي، فعلم أنّ الحامل على النهي كونُ البيع مانعاً عن السعي الواجب، لا هو نفسه.

***

بيع الحاضر للبادي

(كنهيه) (عن بيع الحاضر) في البلد **(للبادي)**[2] أي: مع البادي، أو لأجل البادي مع غيره.

والبادي: الساكن في البادية، بحيث لا يقيم سنة ولا معظمها في موضع، بل ينتقل منتجعاً.

(وهو) أي: المنهيُّ من بيع الحاضر للبادي **(أن يحمل البدويُّ)** وقد ذكرناه **(أو القرويُّ)** وهو ما يقيم في موضع سنة أو أكثر، سواء كانت قرية مبنية من الحجر والمدر، أو من

---

(١) لم نحصل على ترجمة لابن بطة المالكي، والظاهر أنه (ابن بطة) الحنبلي عبيد الله بن مُحَمَّد بن حمدَان الإِمَام القدوَة أَبُو عبد الله العكبري الفَقِيه. الوافي بالوفيات (١٩/ ٢٧١)، رقم (٣)

(٢) حديث الصحابي أبي هريرة ﷺ: أخرجه البخاري، رقم (٢١٦٠)، ومسلم، رقم (١٨ – (١٥٢٠)، واخرجاه أيضاً عن عدةٍ من الصحابة غير أبي هريرة وبالفاظ مختلفة.

القصب، أو من العسف، أو من الجريد (**متاعَه إلى البلد ليبيعه بسعر اليوم**) - وهذا القيد شرط للنهي، حتى لو لم يقصد أن يبيعه بسعر اليوم بل قاصد [ليبيع] بالتدريج أو يتركه حتى تروج، فلا يتوجَّه النهي- (**فيقول له البلدي**) من غير طلب منه: (**أُتركه عندي لأبيعه على التدريج**) أي: على دفعات متفرقات شيئاً فشيئاً؛ طلباً للراغب، وانتهازاً لفرصة المماكسة (**بثمنٍ أرفع منه**) أي: من الثمن الذي كان بسعر اليوم.

(**وذلك**) النهي (**في الأمتعة التي تعم الحاجة إليها**) كالكرباس، وأنواع الصوف، والملح، والأقط، والبر، والشعير، وكل مايقتاته الفقراء والأغنياء (**دون ما يندر**) الاحتياج إليه: كالمسك، والغوالي، والمعاجين، وثياب الكتان، وأنواع الحرير.

وفي الأرز وأنواع الفواكه وجهان: والأصحّ أنها ملحقة بما تعم الحاجة.

والأدويةُ التي يعرفها العوام: كالقُسط البحري[١]، والمصطكي، والكُندُر، واللُّبان[٢]، والأثمد، والتوتياء، والمومياء[٣]، وما أشبه ذلك ملحقةٌ بما تعم الحاجة إليه.

وعلة النهي في هذا القسم: تضييق المعيشة على الناس وقد قال: «**دعوا عباد الله يرزق بعضهم ببعض**»[٤].

ولو أستشار البدويُّ البلديَّ في بيع متاعه فهل له أن يُعلِمه السعر أو يسكت عليه؟

فيه وجهان، أصحهما: نعم.

***

---

(١) القُسط البحري: عُودٌ هندي وعربي مُدِرٌّ نافع للكبد جداً والمغص والدود وحُمَّى الرّبعِ شرباً، وللزُّكام والنَّزَلاتِ والوباء بخوراً، وللبهق والكلف طِلاءً. القاموس المحيط (٨٨١).

(٢) الكُندُرُ: ضرب من العلك نافع لقطع البلغم جداً. القاموس المحيط (٦٠٦)، واللُّبانُ: شُجيرة شَوكَة لا تسمو أكثر من ذراعين ولها ورقة مثل ورقة الآس وثمرة مثل ثمرته وله حَرارة في الفم. لسان العرب (١٣/ ٣٧٢) مادة: (لبن).

(٣) الإثمِد والتُّوتِيَاءُ: هما ضربان من الكحل. ينظر: المصباح المنير (١/ ٤٥و٤٨)، مادة: (ثمد)، و (توت)، وتاج العروس (٤/ ٤٦٩) مادة: (توت). والمُومِيَا: لفظة يونانية، وهو دواء يستعمل شرباً و مروخاً و ضماداً. المصباح المنير (٣٠٢) مادة: (موم).

(٤) أخرجه مسلم، رقم (٢٠- (١٥٢٢)، بلفظ: «لاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعُوا النَّاسَ يَرزُقِ اللَّه بَعضَهُم مِن بَعضٍ»، وفي رواية له أيضاً: «يُرزَقُ».

تلقِّي الركبان

(وكتلقي الركبان) أي: استقبال القوافل.

والركبـان وإن كان جمـع راكـب لكـن المـراد بـه المتقفلـون لأمـور عظـام: كالتاجريـن، والحجيج، والوفـد إلى المشـايخ وَالأُمـراء. والمـراد هنـا: القادمـون إلى البلـد للتجـارة ركبانـاً أو مشـاة، أصحـاب إبـل أوبغـال أوحمـير.

(وهـو) أي: التلقـي المنهـي (**أن يتلقَـى**) بفتـح القـاف، أي: يسـتقبل (**طائفـةً يحملـون متاعـاً**) نكـرة ليعـم ماتعـم الحاجـة إليـه أوينـدر (**الى البلـد**) ليبيعـه بسـعر اليـوم رخيصـاً أو غاليـاً (**فيشـتريَه**) أي: فيشـتري المتلقـي المتـاع (**منهـم**) أي: مـن الركبـان (**قبـل أن يقدمـوا البلـد (و) قبـل** أن (**يعرفـوا السـعر**). علـة النهـي: التخديـع، وغبـن القـادم، وقـد قـال: «**لا تلقّـوا الركبـان**»[1].

والنهـي في القسـمين للتحريـم، والإثـم عـلى الحـاضر والمتلقـي، دون البـادي والقـادم، ويصـح البيـع في الصورتـين، وفي الأنـوار مايشـعر بكـون الإثـم مشروطـاً بعلـم المبـاشر بالنهـي، كسـائر المنهيـات[2].

(**ولهـم الخيـار إذا عرفـوا**) السـعر، وعرفـوا أنهـم غُبنـوا سـواء قبـل دخـول البلـد أوبعـده، فقولـه ﷺ: «**إذا أتـى سـيده السـوق فهـو بالخيـار**»[3] وارد عـلى الغالـب.

والنهـي في قولـه: " لا تلقّـوا الركبـان " مأخـوذ بحسـب المعنـى دون اللفـظ، حتـى لـو لم يقصـد التلقـي بـل خـرج لنحـو اصطيـاد في الركبـان واشـترى منهـم فالأصـح أنـه يأثـم؛ اعتبـاراً بالمعنـى الـذي ورد النهـي لـه، وهـو الغبـن والتخديـع.

وقيل: لا يأثم ولا خيار لهم وإن غُبنوا؛ اعتباراً بلفظ النهي.

---

(١) حديـث الصحـابي أبي هريرة ﷺ أخرجه البخاري، رقـم (٢١٥٠)، وعن عبدالله بن عباس ﷺ، رقم (٢١٥٨)، ومسلم، رقم (١٧- (١٥١٩) بلفظ: «**لا تلقوا الجلب...**».

(٢) ينظر: الأنوار (١/ ٤٢٥)، حيث شرط أن يكون عالماً بالنهي كما في سائر المنهيات المحرمة.

(٣) الحديث بتمامه: «**لاَ تَلَقَّوُا الجَلَبَ. فَمَن تَلَقَّاهُ فَاشتَرَى مِنهُ فَإِذَا أَتَى سَيِّدُهُ السُّوقَ فَهُوَ بِالخِيَارِ**» حديث الصحابي أبي هريرة ﷺ: أخرجه مسلم، رقـم (١٧- (١٥١٩).

ومقتضى لفظ الكتاب أنه لو اشترى منهم بسعر اليوم في البلد أو بدون ذلك وهم عالمون فلاخيار؛ لعدم الغبن في الأول، ووجود التقصير منهم في الثاني.

وهل يأثمُ المتلقي في الصورتين؛ أعتباراً بلفظ النهي، أو لا يأثم؛ لفقد ما ينهى [عنه] لأجله؟ فيه وجهان: والأوّل هو القياس.

والثاني هو المختار عند المصنف. وحيث ثبت الخيار فهو على الفور.

ولوعكس في التلقي فباع الركبانَ ما يقصدون شراءه من البلد فهو كالتلقي للشراء على الأصح.

وقيل: لا يحرم؛ لفرط رغبة القادم وتقصيره.

***

السوم على سوم الغير

(**وكالسوم على سوم الغير**) السوم في اللغة: طلب الشيء للتقوي به، ولذا يقال للراعية: سائمة[1].

وفي الشرع: هو الكلام على تقويم السلعة إلى أن يستقرّ ثمنها[2].

والسوم على سوم الغير منهيٌّ نهيَ تحريم؛ لإفضائه إلى الأذى والعداوة؛ فقد قال: «**لايسوم الرجل على سوم أخيه**»[3] فهو خبر في معنى النهي، والمبالغة فيه أكثر من صريح النهي.

(**وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن**) وإصرار المشتري على الشراء، بأن ساوم المتاع حتى استقرّ ثمنه واستدعى من البائع العقد، فجاء آخر [فقال] للمشتري: رد هذا المتاع فإني أبيع منك خيراً منه بأرخص منه، أو قال للبائع: أسترده لأشتريه منك بأكثر من ذلك، فلو باع أو اشترى صح لكن يأثم لو علم النهي.

---

(١) ينظر: لسان العرب (١٢/ ٣١٤)، وتاج العروس (٣٢/ ٤٢٨) وما بعدها، مادة: (سوم).

(٢) ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٢/ ٤٢٥) مادة: (سوم).

(٣) حديث الصحابي أبي هريرة ﷺ: أخرجه البخاري، رقم (٢١٣٩)، ومسلم، رقم (٣٨-١٤٠٨). واللفظ له.

والاستقرار بالتراضي بالثمن تصريحاً باللفظ منهما، لا بالسكوت؛- فإنّه لا يحرم السوم حينئذٍ[1]، ولا إذا يطاف [بالسلعة] ليزيد راغب في ثمنها.

***

البيع على بيع الغير

(**وكالبيع على بيع الغير قبل لزومه**) وهو زمان الخيار: خيار المجلس أو الشرط (وذلك **بأن يدعوَ**) رجلٌ (**المشتريَ إلى الفسخ ويبيعَ**) ذلك الرجل (**مثله**) مثل ذلك المبيع (**منه**) أي: من المشتري بأقل من ثمنه، وعلة النهي: الأذى والعداوة، ففي صحيح مسلم: أنهﷺ قال: «**المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر**»[2]، وفي البخاري: «**لا يبع بعضكم على بيع بعض حتى يبتاع أو يذر**»[3].

(**والشراء على الشراء**) وهذا النهي أيضاً متفق عليه بما روينا، والعلة فيه الأذى والعداوة أيضاً، وذلك: (**بأن يدعوَ**) رجل (**البائع إلى الفسخ، ويشتريَه**) أي: المتاع من البائع بأكثر مما يشتريه به المشتري الأول.

والأصح أن التحريم يرتفع بإذن البائع والمشتري؛ اعتباراً بالمعنى؛ إذ ما ورد النهي لأجله -وهو الأذى والعداوة -قد انتفى بالإذن. **وقيل**: لا يرتفع؛ اعتباراً بلفظ النهي تعبداً.

***

النجش

(**وكالنجش**) وهو تنفير الشيء لغةً[4]، يقال: نجش الصيادُ الغزال إذا أنفرها، سُمي

---

(١) ينظر: شرح المحلي وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٢٨).

(٢) حديث الصحابي عقبة بن عامر ﷺ: أخرجه مسلم، رقم (٥٦- (١٤١٤).

(٣) لم يُخَرِّج البخاري هذا الحديث بهذا اللفظ، وإنما أخرجه النسائي، رقم (٤٥٠٤)، وصححه الألباني.

(٤) ينظر: لسان العرب (٦/ ٣٥١) مادة: (نجش)، والقاموس المحيط (٧٨٣).

ذلك الفعل بذلك؛ لأنَّ الناجش ينفر الناس عن السلعة بسبب زيادة الثمن كذباً.

(وهو) أي: النجش المنهي[١] **(أن يزيد)** بطال طرار **(في ثمن السلعة)** التي عُرِضت على البيع وأزدحم الناس على شرائها، فمنهم من يقول: بكذا، ومنهم من يقول: بكذا، فيقول هذا البطال: هذا يساوي بأكثر مما يساوم الناس **(وهو)** والحال أن هذا البطال **(غيرُ راغب فيها)** أي: في شرائها، بل إنما يزيد في الثمن؛ **(ليخدع غيره)** إما رعايةً لجانب البائع، أو لاهياً وسخرياً، **(والأظهر)** من الوجهين **(أنه لا خيار للمشتري)** المخدوع وإن كان ذلك الإخداع بمواطأة البائع والناجش؛ لأنّه كان مقصراً بعدم البحث عن التجار وأهل الخبرة.

والثاني: له الخيار في صورة المواطأة دون غيرها، وليس في العبارة ما يدل على هذا التفصيل ولا بدَّ منه.

وقوله: "ليخدع" مشعر بأن الزيادة إنما تكون نجشاً إذا زادت على ما تساويه السلعة، لا إلى ما تساوم القوم عليه، صرح به صاحب الكفاية[٢]، ويؤخذ منه أنه لو زاد لا للإخداع فهو ليس بحرام.

وإنما لم يبطل البيع في هذه الصور كلها؛ لأنَّ النهي ليس وارداً على العقد ولا على [لازمه] من الشرائط، بل وارد على معنى خارج منها.

***

بيع الرُطب والعنب لمن يتخذ منهما الخمر

(وكبيع الرُطب والعنب ممن يتَّخذ منهما الخمر)؛ لأنه إعانة على المعصية.

ثم العبارة توهم أن التحريم إنما يكون إذا كان البائع عالماً بالاتخاذ، أما اذا توهم أو ظن فلا يحرم، وهو كذلك في الوهم دون الظن؛ لأنَّ الظنَّ في أبواب الفقه كاليقين.

(١) للحديث: «نهى النبي عن النجش»، البخاري، رقم (٢١٤٢)، ومسلم، رقم (١٣- (١٥١٦).

(٢) كفاية النبيه في شرح التنبيه (٩/ ٢٧٧).

والوهم يوجب الكراهة كما صرح به في الروضة[١]؛ لأنه سبب لتوهم المعصية، ويقاس على هذا بيع السلاح لقطاع الطريق، أو اللصوص، أومباشر الهرج، وبيع السيف لجلاد الأُمراء الفسقة الذين لا يبالون [بالحق بغير حق].

ويحرم بيع الأمرد الحسن بمَن يظن منه الفاحشة، وكذا بيع كل ما يعلم البائع أو يظن أن يؤدي إلى معصية.

التفريق بين الجارية وولدها

(ولا يجوز التفريق بين الأُم) الرقيقة **(وولدها)** الرقيق الصغير؛ لما روى الحاكم في المستدرك: أنه ﷺ قال: **«مَن فَرَّقَ بَينَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا، فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَينَ أَحِبَّتِهِ يَومَ القِيَامَةِ»**[٢]، وفي رواية: **«فرق الله بينه وبين الجنة»**[٣]. وفي معنى الأُم الأبُ؛ [لقوله]: **«ملعون من فرق بين الوالد وولده»**[٤].

وأُم الأم وأُم الأب كالأُم عند فقدها وإن علتا. ويجوز التفرقة بين الولد والأب إذا بيع مع الأُم.

ويُستثنى من التفريق المحذور: ما إذا أسلم ذمي وله ولد؛ فإنّه يتبعه في الإسلام

(١) الروضة (٣/ ٩٥).

(٢) حديث الصحابي أبي أيوب الانصاري ﷺ: أخرجه الترمذي، رقم (١٢٨٣)، و قال: حديث حسن غريب، وابن ماجه، رقم (٢٢٥٠) بلفظ: «لعن رسول الله ﷺ من فرق بين الوالدة وولدها، وبين الأخ وبين أخيه»، قال البوصيري: "هذا إسناد ضعيف، مصباح الزجاجة (٣/ ٣٢)، وأخرجه الدارمي في سننه (٣/ ١٦١١)، رقم (٢٥٢٢)، والدار قطني في سننه (٤/ ٣١)، رقم (٣٠٦٤)، والحاكم في المستدرك: (٢/ ٦٣)، رقم (٢٣٣٤)، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وضعف اسناده ابن حجر والسخاوي وانتقدا تصحيح الحاكم له. ينظر: الدراية (٢/ ١٥٢)، والمقاصد الحسنة (١/ ٦٦١)، رقم (١١٥٨) وصححه ابن الملقن. ينظر: البدر المنير (٦/ ٥١٣).

(٣) لم أعثر على هذه الرواية في كتب الحديث

(٤) أخرجه البخاري في التاريخ الكبير (٤/ ٣٥٩)، رقم (٣١٤١)، والبزار في البحر الزخار (٨/ ١٣٢)، رقم (٣١٤٠). وأبو يعلى في مسنده (١٣/ ٢٢٦)، رقم (٧٢٥٠)، والطبراني في الدعاء (١/ ٥٨٢)، والدارقطني في سننه (٤/ ٣١)، رقم (٣٠٤٦)، والبيهقي في الكبرى (٩/ ٢١٥)، رقم (١٨٣٢٢)، والمزي في تهذيب الكمال (١٣/ ٤١٦)، رقم (٢٩٩٤)، وضعف اسناده النووي والذهبي وابن حجر وغيرهما. ينظر: المجموع (٩/ ٢٦٨)، والكاشف (١/ ٢٠٨)، رقم (١١٦)، والتقريب (٨٨)، رقم (١٤٨).

فيفرق بينه وبين أُمه الكافرة، وما إذا كان الأُم فاجرة أو تاركةً للصلاة ولها أُم أو أخت صالحة؛ [ينتزع] الأُنثى منها ويدفع إلى أُمها أو أُختها إلى أن يحسن حال الأُم.

(إلى أن يبلغ) بالسن أو الأحتلام أو الحيض **(في أحد الوجهين)**؛ لأنه الحالة التي يبلغ فيها رشده[1] ويستقل بأمر معاشه.

(والى سن التمييز في أظهرهما) وهو سبع أو ثمان تقريباً؛ لأنه حينئذٍ يستغني عن التعهد والحضانة ويصير بحيث يأكل ويشرب وحده، ويتوقى عن المهالك.

ولو حصل التمييز قبل أوانه فالذي يقتضيه إطلاق المعظم أنه يكفي؛ لأنه المقصود بالذات دون السن.

وإطلاقه يقتضي تحريم التفريق بكل وجه من البيع والهبة والقسمة وغيرها، إلا أن الشرع أجاز التفريق بالعتق؛ لأنَّ نفعه أكثر من ضر [التفرق]، وكذا بالوصية؛ إذ قد يتأخر موت الموصي عن زمان التحريم.

وإنما قيدنا الأُم بالرقيقة والولد بالرقيق؛ لأنه لو كانت الأُم رقيقة دون الولد أو بالعكس فلا منع من بيع الرقيق منهما، صرح به غير واحد[2]. والفرق أنهما إذا كانا رقيقين فهما في قبضة الغير فلا يمكنهما التزاور والملاقات والصلة بعد التفريق، بخلاف ما إذا كان أحدهما حراً؛ فإنّه يمكنه التزاور والملاقات والتبع والصلة؛ لأنّه مالك لأمره غير ممنوع لحق الغير.

(ولو فرق) بينهما **(بالبيع أو الهبة)** بأنواعها من الصدقة والهدية **(لم يصح)** العقد **(في أصحّ القولين)**؛ لغلظ الوعيد فيه، ولأنه معجوز عن التسليم شرعاً؛ لمنع التفرق[3].

والثاني: يصح، ويأثم المفرِّق، كسائر البيوع التي لا يوجب النهي عنها الفساد؛ لأنه

---

(١) الرُّشدُ لغة: الصلاح وإِصابة الصواب، واصطلاحاً: صلاح الدِّين والصلاح في المال، والمراد بالصلاح في الدين: أن لا يرتكب محرما يسقط العدالة، وفي المال: أن لا يبذر. ينظر: المصباح المنير (١١٩) مادة: (رشد)، وروضة الطالبين (٣/ ٤١٣).

(٢) ينظر: شرح المحلي على المنهاج بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٢٣٠).

(٣) ينظر: الوجيز (١/ ١٣٩)، والمجموع (٩/ ٢٦٦).

ورد لمعنى تحريم التفريق، لا لخلل في المبيع، فهو راجع إلى معنى يقارن العقد لا إلى نفس العقد.

والبيع بعد البلوغ صحيح قطعاً، لكن يكره.

وأما التفريق بين البهائم وأولادها: فالذي أفتى به المصنف في بعض كتبه أنه يجوز مطلقاً، سواء كان قبل أوان الرتع والاستغناء عن اللبن أو بعده، وسواء بالبيع أو الهبة أو الذبح أوغيرها[١]، وقال غيره: يحرم قبل أوان الرتع والاستغناء إلا بالذبح، وذلك في الولد دون الأُم. والفرق ظاهر[٢].

***

بيع العُربون

(**ولا يصح بيع العُربان**) بضم العين، ويقال له: العُربون بضم العين وإسكان الراء، وبفتحهما، هكذا ضبطه حفاظ الحديث، وهو من العِرب بسكون الراء: وهو الظهور، سُمي بذلك؛ لأنَّ الدافع يظهر بالمدفوع إلى المدفوع إليه ضميرهُ من الرضى بالسلعة وعدم الرضا، وقيل من العَرابة: وهي التعليق، ووجه التسمية لا يخفى.

(**وهو**) أي: العربان المنهي (**أن يشتري سلعة**) أي: يأخذها ليشتري، فإن المشترى لم يحصل بعد (**من غيره ويدفع إليه دراهم**) قليلة غير مبلغة مبلغ الثمن (**على أنه**) أي: المشتري (**إن رضي بالسلعة**) بعد التفكر وأستيشار أهله (**وأخذها**) أي: أمسكها على أنه مبيع (**كانت الدراهم**) القليلة (**من**) بعض (**الثمن، وإلا**) أي: وإن لم يرضَ المشتري بالسلعة ولم يأخذها (**كانت الدراهم للمدفوع إليه**) وهو البائع لو صح (**مجاناً**) من المجن: وهو ذهاب الشيء لا في مقابلة شيء، أو من الخفاء وعدم الظهور؛ لأنَّ ما يذهب بلا مقابلة شيء لا يبقى أثره عند الباذل حساً فكأنه اختفى.

ومنهم من فسر العربان: بما إذ دُفع دراهم إلى صانع ليصنع له كذا، على أنه إن

---

(١) الذي في العزيز: هو جواز التفرق بعد الاستغناء عن اللبن. ينظر العزيز (٤/ ١٣٣).

(٢) ينظر: المجموع (٩/ ٢٦٨).

رضي الدافع بالمصنوع كانت الدراهم من ثمنه، وإن لم يرض بالمصنوع يدفع إلى الصانع مصنوعه ولا يسترد دراهمه.

وهذا البيع باطل[١]؛ لما روى أبو داود: «**أنه نهى عن بيع العربون**»[٢]، وعلة النهي: أنه مشتمل على شرطين فاسدين: شرط الهبة، وشرط الرد على تقدير عدم الرضاء، وقد قال: «**كل شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل**»[٣].

وإنما ذكر المصنف مسألة التفريق والعربان في هذا الفصل؛ تبعاً لصاحب الشامل، وإلا فالحق أن يذكرهما في الفصل الأول؛ لأنهما من المنهيات الباطلة.

ومن حق المصنف أن يذكر الاحتكار[٤] والتسعير[٥] ههنا كما ذكرهما غيره، وهو أيضاً في سائر كتبه، إلا أنه تركهما؛ لعدم تعلق التسعير بنفس البيوع، واكتفى بتلقي الركبان عن الاحتكار؛ إذ المعنى فيهما واحد.

***

---

(١) أراء المذاهب الأخرى: عند المالكية إذا شرط أنه إن كره المبيع لم يعد إليه العربون فهذا من أكل المال بالباطل، وإن أعطَاهُ عَلَى أَنَّهُ إن كَرِهَ البَيعَ أَخَذَهُ وَإِن أَحَبَّهُ حَسِبَهُ مِن الثَّمَنِ جَازَ. التلقين (٢/ ١٥٣)، وبلغة السالك (٣/ ١٠٠)، وفاسد عند الأحناف، فتاوى السغدي (١/ ٤٧٣)، وجائز عند الحنابلة. الشرح الكبير على المقنع ت التركي (١١/ ٢٥٢).

(٢) حديث الصحابي عبدالله بن عمرو بن العاص: أخرجه أبو داود، رقم (٣٥٠٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٨)، رقم (٢١٩٢)، عن طريق مالك، وأخرجه ابن ماجه أيضاً عن طريق أبي محمد كاتب مالك بن أنس: رقم (٢١٩٣)، وأخرجه مالك (٤/ ٨٧٩)، رقم (٢٢٥٧)، وضعفه البيهقي والنووي، وابن الملقن وابن حجر والمناوي. ينظر: معرفة السنن والآثار (٤/ ٣٨١)، والمجموع (٩/ ٢٤٤)، وتلخيص الحبير (٣/ ٤٤)، وفيض القدير (٦/ ٤٣٠)، والمجموع (٩/ ٢٤٤)، والبدر المنير (٦/ ٥٢٤).

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٩٨)، ومسلم، رقم (٨ - (١٥٠٤).

(٤) الاحتكار لغة: احتباس الشيء انتظاراً لغلائه، واصطلاحاً: أن يشتري ذو الثروة الطعام في وقت الغلاء ليبيعه بأكثر عند اشتداد حاجاتهم. بخلاف إمساك ما اشتراه وقت الرخص، لا يحرم مطلقاً، ولا إمساك غلة ضيعته، ولا ما اشتراه في وقت الغلاء لنفسه وعياله، أو ليبيعه بمثل ما اشتراه. ينظر: الصحاح (٢/ ٦٣٥) مادة: (حكر)، والتعريفات (٢٦)، والعزيز (٤/ ١٢)، والروضة (٣/ ٨٩).

(٥) التَّسعير لغة: تقدير السِّعر، واصطلاحاً: أن يأمر الوالي السُّوقَةَ أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بكذا للتَّضييق على النَّاس في أموالهم. ينظر: الصحاح (٢/ ٦٨٥) مادة: (سعر)، ومغني المحتاج (٢/ ٤١١).

تفريق الصفقة

(فصل: وأصح القولين) وهو الجديد المنصوص عليه في رواية المزني (أنه إذا باع) [أي: شخصٌ] (عبده وعبد غيره، أو عبداً مشتركاً بغير أذن الآخر) أي: الشريك الآخر (في صفقة واحدة) أي: في عقد واحد، بأن قال: بعتك هذين العبدين، أو هذا العبد بكذا (يصح البيع في ملكه)[١] ويبطل في ملك غيره؛ لأنَّ العقد قد اشتمل على ما يقبله وعلى ما لا يقبله فأعطى كل واحد حكمه.

وقد عُرف في الشرع: أنه إذا باع شيئين مختلفي الحكم يُفرد كلٌ بحكمه، كما إذا باع شِقصاً من أرض مشتركة وثوباً فللشريك أخذ الشفعة في الشقص دون الثوب.

وقاس المزني على شهادة العادل والفاسق في وقعةٍ فيفرد كلٌ بحكمه، أي: يبطل في الفاسق دون العادل.

والثاني: وهو القديم المنصوص عليه في رواية الكرابيسي: أنه يبطل في الكل؛ تغليباً للحرام[٢]، كما في سائر المسائل، كمسألة البغل والسِّمع[٣].

قال المرادي وهو من أحد رواة الجديد: أن الشافعي رجع من الجديد إلى القديم في هذه المسألة[٤].

(وكذا لو باع عبداً وحراً، أو خلاً وخمراً) أو مذكاة وميتة، بعين ما ذكرنا في العبدين والعبد المشترك.

---

(١) ينظر: مختصر المزني (٨٦)، والمهذب للشيرازي (١/ ٢٦٩).

(٢) ينظر: الأم (٧/ ١٠٧)، ومختصر المزني (٨٥-٨٦).

(٣) السمع: بكسر السين وإسكان الميم: ولد الذئب من الضبع. المصباح المنير (١/ ٢٨٩)، وحياة الحيوان الكبرى (٢/ ٣٧)، إذ يَقع نَادرا فِيمَا يتقارب من الحيوان أن يتلقح من غيره كالبقر الوحشي والأهلي، والضأن= والمعز، وَالفرس وَالحمار، وَالذِّئب والضبع، فيتولد من ذَلِك البَغل والسمع والعسبار. ينظر: مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ) – دار الكتب العلمية – بيروت: (١/ ٢٤١)، قَالَ الشَّافِعِيُّ وَالأَصحَابُ يَحرُمُ السِّمعُ وَالبَغلُ وَسَائِرُ مَا يُولَدُ مِن مَأكُولٍ وَغَيرِ مَأكُولٍ. المجموع شرح المهذب (٩/ ٢٧).

(٤) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٣٩٧).

والقولان بالأصالة في عبده وعبد غيره، ومخرَّجان في بقية الصور، وتتفاوت الصحة في الصور الأربع:

أدونُها: صورة الخل والخمر؛ للأحتياج إلى التقدير وتغيير الخلقة بجعل الخمر خلاً أو عصيراً، كما سنذكر إن شاء الله تعالى، وصورة الحر والعبد أولى منها؛ لخلوها عن تقدير تغيير الخلقة، وأدون من صور عبده وعبد غيره؛ لاشتمالها على التقدير دون صورة عبده وعبد غيره، وهي أدون من صورة العبد المشترك؛ لما فيها من الجهل بما يخص عبد البائع، بخلاف ما يخصه من العبد المشترك.

واعلم أنّ قوله: "بغير إذن الآخر" إنما هو قيد للمشترك؛ لما ذكر النووي في شرح المهذب: انه لو أذِن الشريك في العبد المشترك صح البيع جزماً، بخلاف ما لو أذن مالك العبد فإنّه لا يصحُّ بيع العبدين؛ للجهل بما يخص كلاً منهما عند العقد .

[وقيل: يصح لو أذن صاحب العبد أيضاً؛ اكتفاءً للعلم بما يخصهما بعد توزيع الثمن عليهما باعتبار القيمة] والمرجح هو ما[نقلناه] عن النووي، ولو قلنا بالثاني فالمراد "بالآخر": الشريك وصاحب العبد على التنازع.

***

الحكم فيما إذا باع عبدين وتلف أحدهما قبل القبض

(وأنه) عطف على قوله: " أصح القولين أنه " إلا أنّ هذا من الطريقين، ولا يبالي المصنف بمثل هذا العطف؛ إذ غرضه النصُّ على ما رجح عنده، لا بيانُ مراتب الخلاف **(إذا باع عبدين له)** في صفقةٍ **(وتلف أحدهما قبل القبض لم ينفسخ البيع في الآخر)**؛ لأنَّ البيع جرى على الصحة ثم حدث ما يوجب الانفساخ في بعض المبيع [فلا يتأثر في ما صح، كما] لا يتأثر ما يوجب الصحة إذا حصل بعد جريان العقد على الفساد، كما إذا نكح أُختين معاً ثم حرمت عليه إحديهما.

والطريق الثاني: ينفسخ في الباقي أيضاً؛ بناءً على أحد القولين فيما إذا باع عبده وعبد غيره، وهو بطلان البيع فيهما[١].

وأُجيب: بأن العلة هنا اجتماع الحرام والحلال عند القائل بالبطلان، وهو منتف هناك.

***

ما يترتب على المتعاقدين في حال البيع صفقة واحدة

(**وإذا صححنا البيع فيما يملكه**) وهو عبدٌ في صورة العبدين، وشقص [العبد] في صورة العبد المشترك، وعبدٌ أيضاً في ما إذا باعه مع حر، وخلٌّ في ما إذا باعه خلاً وخمراً (**فللمشتري الخيار**) في الصورتين (**إن كان جاهلاً بالحال**)؛ لأنَّ فقد بعض المبيع لا يتقاعد عن وجود العيب فيه، فإذا ثبت الخيار بوجود العيب ففي فقد البعض بالطريق الأولى، [و] هو جليٌّ جداً.

وإن كان عالماً بالحال فلا خيار له، كما لو اشترى معيباً وعلم عيبه، وفيما يجب عليه طريقان:

أحدهما: طرد القولين الآتيين في صورة الجهل

والطريق الثاني: أنه يلزمه جميع الثمن قولاً واحداً؛ لأنه التزم الثمن عالماً بأن بعض المذكور لايقبل العقد

(**وإن أجاز فالواجب عليه حصته**) أي: حصة ما يملكه (**من الثمن في أظهر الوجهين**)؛ لأنَّ الثمن إنما ذُكِر في مقابلة الكل، فإذا بطل بعضه سقط ما يقابله (**ويكون التوزيع**) أي: توزيع الثمن (**عليهما**) أي: ما يملك وما لا يملك (**باعتبار قيمتهما**) فيقدر الحر عبداً على ماكان عليه من الصفات، ويُقَوم الخمر عند من يرى قيمته، أو يقدر الخمر خلاً، قاله النووي في مصنفاته[٢].

---

(١) وبه قال أبو إسحاق المروزي. ينظر: العزيز (٤/ ١٤١).

(٢) قال: وبه قال الدارمي والبغوي وآخرون، وحكاه الإمام عن طوائف من أصحاب القفال. الروضة (٣/ ١٠٦)، والمجموع (٩/ ٢٨٧).

ويعرف جزئية العبد المشترك، فلو كانت قيمة ما يملك وما لا يملك بعد التقدير ثلاثين مثلاً والمسمى خمسة عشر، وقيمة ما لا يملكه عشرة فحصته من المسمى خمسة؛ لأنَّ حصة المملوك ثلث المجموع.

(**وجميعه في الثاني**) أي: يلزم المشتري جميع الثمن في القول الثاني؛ لأنه لما أجاز فكأنه رضي بجميع الثمن في مقابلة ما يملك البائع.

(**ولا خيار للبائع**) وإن قلنا: إنه لا يجب له إلا حصة ما يملكه؛ لأنه متعد ببيع ما لا يملكه، وطمع في ثمنه فيعاقب بضد ما قصد، كالوارث القاتل.

(**فإذا لم نحكم في صورة التلف**) فيما إذا تلف أحد العبدين قبل القبض (**بالانفساخ في الباقي**)؛ بناءً على الطريق الأصحّ (**ثبت الخيار**) للمشتري؛ لما ذُكر أن فقد بعض المبيع لا يتقاعد عن العيب (**وتكون الإجازة**) لو أجاز البيع (**بالحصة**)[1] أي: بحصة العبد الباقي (**بلا خلاف**)؛ لأنَّ التلف وقع في وقت لو أخذ بدله لوجب عليه رده؛ لأنه تلف قبل القبض.

وقوله: "بلاخلاف" مما لا ينبغي؛ لأنَّ شيخ المراوزة أبا إسحاق طرد فيه القولين: أحدهما: بجميع الثمن، أللهم إلا أن يقال: إن المصنف لم يعده خلافاً؛ لأنه ضعفه في الشرحين بالفرق بين ما اقترن بالعقد وبين ما حدث بعد صحة العقد مع توزيع الثمن في هذه المسالة عليهما ابتداءً، فأين هذا من ذاك[2]؟

***

حكم الجمع بين عقدين مختلفي الحكم في صفقة واحدة

(**وإذا جمع بين عقدين مختلفي الحكم في صفقةٍ واحدةٍ كما إذا قال: بعتك عبدي هذا وأجرتك داري هذه سنة بكذا**) وهو ثمن العبد وأُجرة الدار (**أو قال: آجرتكها سنة وبعتك كذا**) بصفات كذا وكذا (**سَلَماً بكذا**) وهو أُجرةُ الدار ورأسُ مال السَلَم (**فأحد**

---

(١) وفي (ب): (بحصته).

(٢) ينظر: العزيز (٤/ ١٤١،١٤٨)، ولكن ذكر قول أبي إسحاق ولم يضعفه.

القولين) الجديدين في الإملاء (**أنهما**) أي: العقدين المختلفين (**يبطلان**)؛ لاختلاف مقتضاهما: وهو التأبيد في أحدهما والتأقيت في الآخر، فهو كالجمع بين الضب والنون، ولأنه قد يعرض لاختلاف حكمهما باختلاف أسباب الفسخ والانفساخ ما يقتضي فسخ أحدهما دون الآخر، فيحتاج إلى التوزيع، ويلزم الجهل عند العقد بما يخص كلًّا منهما من العوض وذلك محذور جداً.

(**وأصحُّهما: صحتهما**)؛ لأنهما يصحان انفراداً فلا يضر اجتماعهما، ولا محذور في اختلاف الحكم، ألا ترى أنه يجوز بيع شقص من عقار وثوب في صفقة وإن اختلفا في حكم الشفعة وأحتيج إلى التوزيع؟

(**ويوزع المذكور**) في الأولى ثمناً وأُجرةً، وفي الثانية رأس المال وأُجرَةً (**عليهما**) أي: على السَلَم والإجارة، والبيع والإجارة (**بالقيمة**) أي: قيمة المبيع والمسَلَم فيه وقيمة المُستَأجر من حيث الأُجرة، حتى لو عرض فسخٌ في أحدهما رد ما يخصه دون الآخر.

مثلاً: لو كان قيمة المبيع ستة عشر وأُجرة الدار إلى سنة ثمانية، وفُسخت الإجارة بعارض سقط ثلث العوض، ولو فسخ البيع سقط ثلثاه، وهكذا السلم والإجارة.

ونقل الشيخ ولي الدين العراقي عن أبي الفرج: أن محل الخلاف في البيع والإجارة في ما اذا كانا في عينين بعوض واحد كما مثله المصنف، فإن كانا في عوض واحد بأن قال: بعتك داري هذا وأجرتُكها سنة بطَل جزماً، وإن كانا في عينين بعوضين بأن قال: بعتك عبدي بكذا وأجرتك داري بكذا سنة صح قطعاً وإن كان القبول واحداً[1].

(**وإن جمع بين النكاح والبيع بأن قال: زوجتك ابنتي وبعتك عبدها**) ولايةً إن كانت صغيرة أوسفيهة أو مجنونة، أو وكالةً إن كانت كاملة (**بكذا**) وهو ثمن العبد وصداق المرأة (**صح النكاح**) بلاخلاف؛ لأنَّ الصداق ليس بركن في النكاح، صح أو فسد (**وفي البيع والصداق القولان**) الجاريان في الجمع بين عقدين مختلفي الحكم:

أصحهما: أنهما يصحان ويُوَزَّع [المذكور] على قيمة المبيع ومهر المثل، فإن كان قيمة

---

(١) تحرير الفتاوى (١/ ٧٣١).

المبيع مائة ومهر المثل مائتان والمذكور مائة وخمسون فعند التوزيع حصة المبيع خمسون وحصة الصداق مائة.

والثاني: أنهما يبطلان، فيستردُّ المذكور لو كان مأخوذاً، ويلزم مهر المثل كما في سائر مسائل فساد الصداق قياساً مطرداً.

***

ما تتعدد به الصفقة

(**وتتعدد الصفقة بتفصيل الثمن**) وفائدة التعدد: إن اختصاص إحديهما بحكم لا يوجب اختصاص الأُخرى، وذلك كالرد بالعيب، والإقالة، واستحقاق أحد العوضين (**بأن قال: بعتك هذا العبد بهذا الثوب، وبعتك هذا الفرس بهذا العبد**) فقبل المشتري قبولاً واحداً فله رد أحدهما بما يقتضي الرد من عيب استحقاق أوإقالة.

(**وبتعدد البائع**) بأن قال شخصان: بعناك هذا الفرس بهذا العبد فقبل المشتري منهما قبولاً واحداً، فللمشتري ردّ نصيب أحدهما بما يقتضي الرد مما ذكرنا.

(**وكذا**) **تتعدد** الصفقة (**بتعدد المشتري**) بأن قال: بعتكما هذا العبد بفرسكما هذا، أو بدراهم مناصفة أو أثلاثاً مثلاً، فقبلا معاً (**في أصحّ القولين**) قياساً على البائع؛ لأنه أحد أركان البيع كالبائع بلا فرق[1].

والثاني: لا تتعدد بتعدد المشتري؛ لأنَّ المشتري [يمتثل] الإيجاب السابق، فالنظر إلى من صدر منه الإيجاب، حتى لو قدم لفظ المشتري وقال: بِيعا مني كذا فقال البائعان: بعناك انعكس الحكم.

وإذا قلنا بالتعدد فلو وفى أحد المشترين نصيبه من الثمن يجب على البائع أن يسلم إليه قسطه من المبيع كما يُسَلَّم المشاع.

والثاني: لا يجب حتى يوفي الآخر نصيبه أيضاً، كما لو اتحد المشتري؛ لأنَّ له حق الحبس.

***

---

(١) ينظر: المجموع (٩/ ٢٨٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٤١٨).

المعتبر فيما إذا وكل اثنان واحداً أو بالعكس

(ولـو وكل اثنـان واحـداً أو بالعكـس) أي: وكل واحـدٌ اثنين(فالأصـح) مـن الوجهـين أنَّ (الاعتبـار بالمـوكِّل) فـإن كان المـوكل واحـداً فالعقـد واحـد، وإن كانـا اثنـين فالعقـد اثنـان؛ لأنَّ العقـد لـه، والوكيـل كالسـفار، والتعـدد تابـع للملـك، وتبـع في ذلـك صاحـب الوجيـز[١].

والثـاني: الاعتبـار بالوكيـل وهـو الـذي اختـاره في الشرحـين ونسـبه إلى الأكثريـن[٢]، وجـزم بـه صاحـب الحاوي[٣]حيث قـال: " والعاقـد " فإنّـه يشـمل البائـع والمشـتري والأصيل والوكيـل؛ لأنَّ أحكام البيـع مـن القبـض والإقبـاض والرؤيـة والخياريـن إنـما يتعلـق بالوكيل دون المـوكِّل[٤].

وفي بعض النسخ: "الاعتبار بالوكيل"، فيوافق تصحيحه هنا تصحيحه في الشرحين.

التفريـع: فلـو خـرج مـا اشـتراه مـن وكيـل عـن اثنـين أو [مـن] وكيلـين عـن واحـد معيبـاً فعـلى الثـاني لـه رد نصفـه في الصـورة الثانيـة دون الأولى، وعـلى الأوّل بالعكـس[٥].

ولـو خـرج مـا اشـتراه وكيـل عـن اثنـين أو وكيـلان عـن واحـد معيبـاً فعـلى الثـاني للمـوكل الواحـد رد نصفـه، وليـس لأحـد الوكيلـين رد نصفـه، وعـلى الأوّل بالعكـس.

***

(١) أي: الإمام الغزالي. ينظر: الوجيز (١/ ١٤٠).

(٢) ينظر: العزيز (٤/ ١٥٨)، والمنهاج (٤٧)، والأنوار لأعمال الأبرار (١/ ٤٣١).

(٣) هوالحاوي الصغير وصاحبه هـو الشـيخ الإمـام نجـم الديـن عبـد الغفـار بـن عبـد الكريـم بـن عبـد الغفـار القزويني، كان أحـد الأئمـة الأعـلام،لـه اليـد الطـولى في الفقـه والحسـاب وحسـن الاختصـار، ومـن مؤلفاتـه أيضـاً: (اللبـاب)، و(العجـاب) في شرح اللبـاب في الفقـه، ولـه أيضـاً كتـاب في الحسـاب، توفي سنة: (٦٦٥). ينظر: طبقات الشـافعية للسـبكي (٨/ ٢٧٨)، رقـم (١١٨٨)، وطبقـات الشـافعية لابـن قـاضى شـهبة (٢/ ١٣٧)، رقـم (٤٣٧)، وهديـة العارفين (٢/ ١٥١).

(٤) ينظـر: الحـاوي الصغـير مـع شرح عـلاء الديـن علي بن اسـماعيل القونوي عليه (ت:٧٢٩هـ):١٥٦ظ، مخطوطة مكتبـة اوقـاف الموصل، خزانـة، ق: (٣٠×٢٢،و:٣٧٥).

(٥) وفي حاشية (ب): أي: يرد إلى أحد الموكلين؛ لأنَّ الاعتبار به في تعدد العقد.

خيار[١] المجلس

(فصل: يثبت خيار المجلس[٢] في البيع بأنواعه) لما في الصحيحين: «**البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَو يَقُولُ أحدهما لِصَاحِبِهِ: اختَرْ**»[٣]. وفي رواية: «**المتبايعان**» الحديث[٤]. والمعنى: أنه وضع دفعاً للتنديم؛ إذ قد ينخدع أحدهما [فيتدارك] عن قريب.

وقال المزني: إذا وجدت الصيغة لزم البيع بلا خيار[٥]، وبه قال أبو حنيفة؛ إذ العقد قد تم بشرائطه فخيار أحدهما الفسخ إضرارٌ بالآخر؛ لما فيه من إبطال حقه، وحَمَل النصَّ على خيار القبول؛ لأنَّ قوله: "المتبايعان" يقتضي حال المباشرة، وقوله: "مالم يتفرقا" أي: بالأقوال[٦]. "بأنواعه" أي: في أنواعه.

(كالصرف) وهو الدفع والرد لغةً[٧]، وفي الشرع: عبارة عن بيع جوهر الأثمان بعضها ببعض[٨]. سُمي بذلك؛ لوجوب دفع العوضين إلى المتعاقدين في المجلس.

(وبيع الطعام بالطعام، والسَلَم، والتولية، والتشريك) وسيأتي أحكامها **(وصلح المعاوضة)** وهو الصلح على عينٍ غير العين المدعاة، وبه يحترز عن صلح المحاطة[٩]، وهو: الصلح على بعض عين المدعى، والصلح على المنفعة، وصلح

---

(١) الخيار لغةً: الاصطفاء والانتقاء، واصطلاحاً: حقُّ العاقد في فسخ العقد أو إمضائه لظهور مُسَوِّغٍ شرعي أو بمقتضى اتفاقٍ.

(٢) وأما تعريف خيار المجلس فهو: حق العاقد في إمضاء العقد أو رَدِّه منذ التعاقد إلى التَفرق أو التَخاير. ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٤١٩)، والمعجم الوسيط (١/ ٢٦٤).

(٣) حديث الصحابي عبد الله بن عمر ﷺ: صحيح البخاري، رقم (٢١٠٩)، و صحيح مسلم، رقم (٤٧-١٥٣٢)، واللفظ للبخاري.

(٤) تمام الحديث: «المُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِالخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيعَ الخِيَارِ». صحيح البخاري، رقم (٢١١١)، وصحيح مسلم، رقم (٤٥- (١٥٣١). واللفظ للبخاري.

(٥) لم اعثر على هذا القول للمزني في المختصر ولا في أي كتاب من كتبَ الشافعية، بل إنه ذكر في المختصر الأحاديث التي تدل على ثبوت خيار المجلس. ينظر: مختصر المزني (٧٥)

(٦) ينظر: المبسوط (٣/ ٢٨٨)، وتحفة الفقهاء (٢/ ٣٧)، واللباب شرح الكتاب (١/ ١٤٠).

(٧) التعريفات (١٧٤)، والقاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً (١/ ٢١٠).

(٨) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (١٧٦)، والتعاريف للمناوي (٤٥٤).

(٩) لم يسمه أحد محاطة وانما هو صلح الحطيطة. ينظر: العزيز (١٠/ ٢٩٥)، والروضة (٣/ ٤٢٣).

الإبراء[1]؛ لأنها ليست من أقسام البيع، بخلاف صلح المعاوضة؛ فإنّه بيعٌ كما يأتي.

***

الخيار في القسمة والحوالة

وهل يثبت الخيار في القسمة والحوالة؟ وجهان:

أحدهما: أنه يثبت؛ نظراً إلى أنهما من أنواع البيع، ويقتضيه إطلاق الكتاب.

وقوله: "كالصرف" إلى آخره تنظير لا تمثيل فلا يقتضي الحصر.

والثاني: أنه لا خيار فيهما؛ لأنَّ الخيار خلاف القياس فلا يتعدى مورد النص، وبه أجاب أكثر الأصحاب.

***

ثبوت الخيار لمن اشترى من يعتق عليه

(**ولو اشترى من يعتق عليه كابنه وأبيه**) وسائر أصوله وفروعه (**بنى**) أي: يوضع ويوافق (**ثبوت الخيار**) للمشتري أو البائع (**على الخلاف**) الذي يأتي (**في أن الملك في زمن الخيار لمن هو؟ إن قلنا للبائع أو جعلناه موقوفاً فلهما الخيار**)؛ لعدم المانع، ووجود المقتضي وهو الظاهر (**وإن قلنا للمشتري فلا خيار له**)؛ لوجود المانع وهو التمكن من إزالة الملك فيمن يعتق عليه (**ويثبت للبائع**) لعدم المانع ووجود المقتضى.

وتوجيهُ الأقوال وذكرُ أصحابها سنذكرهما في الفصل الآتي.

ولما كان الأظهر دوران الملك مع الخيار وإذا كان لهما فهو موقوف؛ كان الأظهر في شراء من يعتق عليه ثبوت الخيار لهما، ولا يحكم بالعتق على الأقوال كلها حتى يلزم العقد فيتبين أنه عتق من وقت الشراء.

---

(١) صلح الإبراء: وهو الذي يجري فيه الصلح على بعض الدَّين المُدَّعَى، وصورته بلفظ الصلح: أن يقول المُقَرُّ له: صالحتك على الألف الحالّ الذي لي عليك على خمسمائةٍ، ويسمى صلح الحطيطة، ويصح بلفظ الإبراء والحطّ ونحوهما كالوضع والاسقاط. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٣٠٥)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٧/ ٣٣٠).

فلو باع السيد العبد من نفسه بأن قال: بعتك نفسك على كذا، فقبل العبد، ففي ثبوت الخيار للسيد وجهان: أرجحهما عند المصنف والنووي: النفي[1]؛ لأنه لازمٌ من جانبه كالكتابة فهو كما لو اشترى من يعتق عليه .

وقيل: يثبت له الخيار؛ نظراً إلى أنه بيعٌ.

***

ما لا يثبت فيه خيار المجلس

(ولا يثبت) خيار المجلس **(في الإبراء)** سواء إبراء الأُروش والقصاص، أو سائر الديون: من المهور وديون المعاملات والإتلافات، أو الحقوق: كحد القذف **(ولا في النكاح، ولا في الهبة التي لا ثواب فيها)** بأن وهب الأعلى من الأدنى من غير قيد بثواب؛ لأنها لا تسمى بيعاً، والحديث إنما ورد في البيع فلا يتجاوز مورده **(وكذا)** الهبة **(التي فيها ثواب)**؛ لأنها لا تسمى بيعاً.

ولا يرد على المصنف ما يقال: أن تصحيحه هنا يخالف تصحيحه في كتاب الهبة: من أن الهبة مع الثواب بيعٌ تثبت فيه أحكام البيع؛ لأنَّ المراد بقوله هنا: "وكذا التي فيها ثواب" ما يستحب فيها الثواب أويرد، كهبة الأدنى من الأعلى، ولم يرد التي ما قيدت بالثواب المعلوم، وأراد هنالك ما قيدت بثواب معلوم، فلا تناقض.

(والشفعة والصداق والإجارة والمساقاة على الأصح) من الوجهين في المسائل الخمسة؛ لعدم تناول النص إياها؛ لعدم إطلاق لفظ البيع عليها.

والثاني: ثبوت الخيار في الجميع؛ لأنَّ الهبة مع الثواب في معنى البيع وقد عرفت الوارد فيها والجواب.

والشفيع في معنى المشتري حيث له الرد بالعيب، والإجارة بيع المنافع لأنها مقابلة متقوم بمتقوم، والمساقاة في معنى الإجارة، والصداق ثابت في عوض البضع فهو كالإجارة. وعوض الخلع على هذا الخلاف.

---

(١) ينظر: العزيز (٤/ ١٧٢)، ولم يرجح هنا، وينظر: المجموع (٩/ ١٢٧).

قال شيخ المراوزة القفال الكبير: الخلاف إنما هو في الإجارة الواردة على العين، وأما الإجارة [الواردة] على الذمة فيثبت فيها الخيار قطعاً كالسَلَم[١].

ما ينقطع به خيار المجلس

(والخيار في ما يثبت فيه الخيار) من المذكورات **(ينقطع بالتخاير: وهو أن يختارا)** بلفظ التثنية **(إلزام العقد)** بلفظ: أخترنا البيع، أوأمضيناهُ، أو أجزناهُ، أو ألزمناهُ، أو لا خيار بيننا، أو أسقطنا الخيار، وما أشبه ذلك، **(فلو اختار أحدهما)** إلزام العقد دون الآخر **(انقطع خياره وبقي خيار الآخر)**؛ إذ لا يتبع إرادةُ أحد لإرادةِ أحد.

وفي وجه: إذا اختار أحدهما انقطع خيار الآخر؛ إذ اللزوم لا يتجزأ، واختاره في الزاد.

ولو قال أحدهما للآخر: اختر، لزم البيع من جانبه وسقط خياره؛ لتضمنه الرضى باللزوم، ويدل عليه صراحةً لفظ الحديث حيث قال: «**أَو يَقُولُ أحدهما لِصَاحِبِهِ: اختَرَ**» ويبقى خيار الآخر.

ولو تعارض الفسخ والإجازة بان اختار أحدهما لزوم العقد والآخر فسخه في المجلس فالمتبع سرأي من فسخ؛ إذ لا ضرر في الفسخ لأحد، بخلاف الإجازة؛ إذ قد يترتب عليها لأحدهما ضرر. وعليه يقال: سود نخورده در جهان بسيار[٢].

(و) ينقطع خيار المجلس **(بالتفريق بأبدانهما)**-؛ لامتداد الخيار إلى التفريق بصريح قوله: «**مَا لَمَ يَتَفَرَّقَا**»، «**وكان ابن عمر ممن روى الحديث فاذا باع شيئاً فارق صاحبه، ويقال: أنه يمشي قليلاً ثم يرجع لو أراد مكالمة صاحبه**»[٣].

وقوله: "بالتفريق بأبدانهما" مشعر بإسناد التفريق إليهما حتى لو حُمل أحدهما بلا اختياره لم يبطل خياره. وذكر البدن يدل على أن تفرقةَ الأرواح - بأن ماتا أو أحدهما في المجلس - لا يُسقطُ الخيار كما سيأتي. و "أبدانهما" وارد على طريقة قوله

---

(١) ينظر: العزيز (٤/ ١٧٣)، والمجموع (٩/ ١٢٨).

(٢) ترجمة العبارة: كثير في الدنيا عادم الربح.

(٣) صحيح البخاري، رقم (٢١٠٧).

تعالى: ﴿ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا ﴾[1] (التحريم: ٤).

-(**من مجلس العقد**)[2] وهو ما تحاوروا فيه للمبايعة لا النادي الذي هما فيه فإنّه يختلف صغراً وكبراً.

(**فلو طالت إقامتهما**) أي: المتعاقدين (**فيه، أو قاما وتماشيا منازل**) معاً بحيث لم يتفرقا ثلاث خطوات (**فهما على خيارهما**)؛ لإطلاق الحديث، وعدم التقييد بما إذا كانا جالسين.

ثم إطلاق الكتاب يقتضي ثبوت الخيار وإن زادت مدة مشيهما على ثلاثة أيام، وهو الذي يقتضيه إطلاق الجمهور، بل صرح به كثير من الأصحاب[3]، وقطع به المحاملي.

وفيه وجه: ينقطع بالزيادة عليها؛ لأنها نهاية الخيار المشروط شرعاً.

***

ما يُرجع إليه في بيان معنى التفرق

(**والمرجوع اليه**) أي: الذي يرجع إليه لو أشكل الحال (**في التفرقة: العادة**) أي: عُرف الناس، سُمي العُرف عادة؛ لأنه مُعاد بينهم في الأزمنة، فما يعده العرف تفرقة فتفرقة، وما لا فلا.

وينبغي أن يكتفي بهذا، لكنهم ذكروا أشياء مشعرة بالضبط وافق العرف أو لا؟

قالوا: لو كانا في دار صغيرة فالتفرقة بخروج أحدهما أو بصعوده سطحها.

---

(١) تتمة الآية: ﴿ إِن تَتُوبَآ إِلَى ٱللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا وَإِن تَظَٰهَرَا عَلَيْهِ فَإِنَّ ٱللَّهَ هُوَ مَوْلَىٰهُ وَجِبْرِيلُ وَصَٰلِحُ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةُ بَعْدَ ذَٰلِكَ ظَهِيرٌ ﴾ وطريقة الآية الكريمة وأسلوبها أنه إذا أضيف مثنى إلى مثنى يجوز أن يجمع المضاف عند عدم الاشتباه، فالأصل: قلباكما، وبدنيهما.

(٢) ذُكر في حاشية (ب): للعقد ثلاثة مجالس: مجلس التخاطب، ومجلسَ التواجب، ومجلس العقد. فزمان كون البائع والمشتري في ذكر الثمن والبحث عنه والمماكسة والمساومة يسمى: مجلس التخاطب. وزمان الإيجاب والقبول ولزوم العقد يسمى: مجلس التواجب.

وما بعدها إلى أن يتفرقا يسمى: مجلس العقد، فالمجالس متحدة بالذات ومختلفة بالاعتبار.

(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٧)، رقم (٢٩٠٦) والعزيز (٤/ ١٧٨)، وينظر: شرح المحلي وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٣٨).

أو كبيرة فبما يبطل الاقتداء على الطريق الأصح، وهو اختلاف البناءين كالنقل من الصحن إلى الصفة أو بيت من بيوتها، وإن كانا في مسجد فيحاء أو فضاء أو سوق واسع بأن يوليا ظهورهما، أو تماشيا ثلاث خطوات فأكثر.

ولو هرب أحدهما وأمكن للآخر متابعته ولم يتابع بطل خيارهما، وإن لم يمكنه بطل خيار الهارب دونه، كما لو حُمل أحدهما بلا اختياره.

***

موت أحد المتعاقدين في المجلس أو جنونه

(**فلو مات أحدهما في المجلس، فالأصح**) من الوجهين عند المصنف، ومن القولين عند النووي منصوص ومخرج[1] (**انتقال الخيار إلى الوارث**)؛ لأنَّ التفرقة أنها يُستعمل فيما أُحس مشاهدةً وهي تفرقة الأبدان، ثم إن كان في المجلس فهو على سبيل الميت.

وإن كان غائباً فإذا بلغه الخبر فله الخيار وإن لم يبلغه إلا بعد زمان طويل مادام الميت لم ينقل مما كان. ثم هو على الفور بعد بلوغ الخبر أم يمتد؟ فيه وجوه:

أحدها: يمتد [امتداد مجلس] بلوغ الخبر، وإن جلس أياماً.

والثاني: يمتد إلى أن يجتمعا.

والثالث: إلى أن يرى المبيع، ولا يتأخر غن الرؤية.

والرابع: على الفور، فإذا بلغه الخبر ولم يفسخ انقطع خياره.

والثاني: سقوط الخيار بالموت؛ لأنَّ مفارقة الحياة أولى بالتفرقة من مفارقة البدن المكان.

وفي معنى الحياة مفارقة التمييز بزوال العقل بالجنون والإغماء، [وفي] قيام الولي مقامه الخلاف، ولذا قال:

(**وكذا لو جَن أحدهما قام وليه مقامه**) على التفصيل والخلاف الذي ذكرنا في وارث الميت.

---

(١) ينظر: العزيز (٤/ ١٧٩)، روضة الطالبين (٣/ ١١٩).

التنازع في التفرقة والفسخ

(ولو تنازعا في أنهما هل تفرقا) بأن جاءا معاً، وادعى أحدهما التفرقة قبل المجيء، ومريد الفسخ ينكره **(أو في أنه هل فسخ قبل التفرق)** أو لا؟ بأن اتفقا على التفرقة وادعى أحدهما الفسخ قبله وأنكره مريد اللزوم **(فالقول)** في الصورتين **(قول النافي بيمينه)**؛ استصحاباً للأصل فيهما، إذ الأصل بقاء الاجتماع في الأولى وعدم الفسخ في الثانية.

خيار الشرط[1]

(فصل يجوز شرط الخيار للمتبايعين أو لأحدهما في البيع بأنواعه) نظراً للمتبايعين؛ للاحتراز عن الغبن والخداع، ودفعاً للندامة، والأصل فيه حديث حبان بن منقذ: **«كان رجل يُخدع في البيوع فشكى إلى النبي ﷺ فقال له: من بايعت فقل له: لا خلابة»**[2]، وفي رواية: **«إذا ابتعت فقل: لا خلابة ثم إنك بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال»**[3]. والخلابة: الخديعة، قاله النووي، وقال المصنف في الشرحين: ["لا خلابة" في الشرع]: عبارة عن اشتراط الخيار إلى ثلاثة ايام[4].

(إلا أن يُشترط فيه التقابض) قبل التفرق **(كالصرف، وبيع الطعام بالطعام، أو)** يُشترط **(القبض في أحد الطرفين كالسَلَم)**؛ فإنّه لا يجوز فيها شرط الخيار؛ لئلا يؤدي إلى بقاء العلقة بعد التفريق، والمقصود أن لا يبقى علاقة بينهما بعد التفريق؛ ولأن شرط

---

(١) خيارالشرط: هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة. ينظر: نهاية المحتاج (٤/ ١٢)، والفقه الإسلامي وأدلته (٤/ ٣١٠٩).

(٢) حديث عبدالله بن عمر ﷺ: أخرجه البخاري، رقم (٢١١٧)، ومسلم، رقم (٤٨- (١٥٣٣).

(٣) الحديث بتمامه: **«إذا أنت بايعت فقل لا خلابة. ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فارددها على صاحبها»**، روي هذا الحديث مرسلاً ومَسنداً، أما المرسل: فحديث التابعي محمد بن يحيى بن حبان بن منقذ ولكن قال هو جدي منقذ بن عمرو: أخرجه ابن ماجه، رقم (٢٣٥٥)، وضعف إسناده البوصيري؛ لتدليس محمد بن اسحاق وقد عنعنه. ينظر: مصباح الزجاجة (٣/ ٥٢)، وأبن أبي شيبة في مسنده (٢/ ٩٥)، رقم (٥٩٤)، ومصنف ابن أبي شيبة (٧/ ٣٠٦)، رقم (٣٦٣٢٨)، والدارقطني (٤/ ١٠)، رقم (٣٠١١). وأما المسند: فقد سبق تخريجه

(٤) ينظر: المجموع (٩/ ١٣٦)، والعزيز (٤/ ١٨٣).

الخيار ووجوب التسليم متنافيان؛ لأنَّ وجوب التسليم مبالغة في اللزوم بعد التفريق.

***

مدة خيار الشرط

(وإنما يجوز شرط الخيار ثلاثة أيام فما دونها)؛ لما روينا في حديث خلابة، والحاجة إلى دفع الغبن يندفع بالثلاث غالباً فلا تتجاوز مورد النص **(ولا تجوز الزيادة)** تصريح بما تضمنه الحصر في قوله: "إنما يجوز"؛ رداً لما ذهب إليه أحمد وزفر[1] من جواز الزيادة مطلقاً[2]، ولما ذهب اليه مالك من جوازه بحسب الحاجة[3].

(ولا) يجوز **(الإطلاق)**؛ لإفضائه إلى النزاع **(ولا التقدير بمجيء المطر ونحوه)** كقدوم زيد، وتنجز الشغل؛ للجهل بالمدة، فلو [شرطا الزيادة أو أطلقا] ثم أسقطا الزيادة بعد التفريق لم ينقلب العقد جائزاً.

---

(١) هو الإمام الحافظ أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس بن سالم العنبري، الفقيه الحنفي، أصله من أصبهان، وهو من المقدمين من تلاميذ أبي حنيفة، وهو أقيسهم، وكان يأخذ بالأثر إن وجده، وكان أبو حنيفة يفضله ويقول: هو أقيس أصحابي، كان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي. من شيوخه: الأعمش، وأبو حنيفة، ومحمد بن إسحاق، وغيرهم، ومن تلاميذه: حسان بن إبراهيم الكرماني، وعبد الواحد بن زياد، ومالك بن فديك وغيرهم، توفي سنة: (١٥٨هـ) بالبصرة. ينظر: طبقات المحدثين بأصبهان لأبي الشيخ الأصبهاني (١/ ٤٥٠)، رقم (٧٥)، وطبقات الفقهاء للشيرازي (١٣٥)، ووفيات الأعيان (٢/ ٣١٧-٣٢٠)، رقم (٢٤٣)، وسير أعلام النبلاء (٨/ ٣٨-٤١)، رقم (٦) تاج التراجم لابن قطلوبغا (١٦٩)، رقم (١١١).

(٢) ولكن الحنابلة شرطوا بأن تكون المدة معلومة للمتعاقدين وإن طالت. ينظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٢/ ١١)، والمبدع في شرح المقنع (٤/ ٦٧)، والإنصاف (٤/ ٣٦).

ملاحظة: لم يقل زفر بهذا القول، وإنما رأيه هو كالشافعية في عدم الجواز أكثر من ثلاثة أيام، وإنما هو قول أبي يوسف ومحمد. ينظر: المبسوط (٣/ ٧٥)، وبدائع الصنائع (٥/ ١٧٤)، وتبيين الحقائق (٤/ ١٤)، والامام زفر وآراؤه الفقهية: لعطية الجبوري (١٠٥).

(٣) فمثلاً في العقار شهر، وفي الدواب والاثواب مايقارب ثلاثة أيام، وهكذا في كل شيء بحسب الحاجة بشرط أن تكون المدة معلومة، ودليلهم: أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختيار المبيع، وذلك يختلف بحسب مبيع ومبيع. ينظر: بداية المجتهد (٣/ ٢٢٥)، والقوانين الفقهية لابن جُزَيّ الكلبي (٢٠٤)، وحاشية الخرشي (٥/ ٤٥٤)، والبهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام) لعلي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (المتوفى: ١٢٥٨هـ) ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، الطبعة: الأولى، (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م) - دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت: (٢/ ٩٧).

ولو أسقطا قبل التفرق فأفتى الإصطخري بانقلاب العقد جائزاً؛ لأنَّ المجلس حريم العقد، وقد أشرنا إليه.

***

ابتداء مدة الخيار

(**وتحسب المدة**) التي شرطت، سواء ثلاثة أيام أو أقل (**من وقت العقد دون التفرق على الأصح**) من الوجهين؛ لأنه الوقت الذي يحكم فيه أنتقال الملك لوتم العقد، ولايورث الجهالة بالوقت المبتدأ، فهو أسلم من النزاع وأدل على المشروط.

والثاني: تُحسب المدة من وقت التفريق؛ لأنَّ الخيار يمتد إليه بلاشرط فالظاهر أن الشارط يقصد بالشرط غير مايفيده المجلس.

ورُدَّ: بأن أعتبار وقت التفرق يورث الجهالة بأبتداء المدة فهو على غرر.

ولو شرطا المدة من وقت التفريق بطل العقد على الأوّل دون الثاني.

ولو شرطا من وقت العقد صح الشرط على الأوّل؛ للتصريح بالمقصود.

ولو شرطا بين[1] العقد والتفرق فالمدة على الأوّل من وقت الشرط[2].

ولا يصح الشرط بعد لزوم العقد بالتفرقة أو التخاير، ولذا لوشرط في العقد الخيار في الغد بطل العقد.

قال النووي: ولا يشترط تساوي المدة لهما، حتى لوشرط لأحدهما يوم وللآخر يومان جاز[3].

***

اشتراط المتعاقدين الخيار للأجنبي

قال في التتمة: ويجوز أن يشترطا الخيار لأجنبي؛ إذ قد يكون أعرف منهما بالمبيع،

---

(١) في (ب): (ولو شرط الخيار والمدة أو الخيار فقط مما في الابواب وبين العقد والتفرق فالمدة ....)

(٢) كفاية النبيه في شرح التنبيه (٨/ ٤٠٧) وروضة الطالبين (٣/ ٤٤٥).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ١٢٥)، والمجموع (٩/ ١٣٨).

سواء شرطاه لواحد أم شرط أحدهما لواحد والآخر لآخر[1].

وإذا شرطاه للأجنبي فليس لهما خيار إلا إذا مات الأجنبي وقد بقي الوقت فيثبت من الآن إلى تمام الوقت. وليس للوكيل شرط الخيار بدون إذن الموكل، فلو شرط بطل العقد.

***

ما لا يثبت فيه خيار الشرط

وما لا يثبت فيه خيار المجلس من المذكورات في الفصل الأوّل لا يثبت فيه خيار الشرط بالطريق الأولى.

ولا يجوز للمشتري في شراء من يعتق عليه، ويجوز للبائع.

وحيث لا يجوز شرط الخيار لو شرط فسد العقد.

***

ما ينقطع به خيار الشرط

وخيار الشرط ينقطع بالتخاير لمن اختاره دون الآخر، وبإنقضاء المدة، وينتقل الى الوارث والولي بالموت والجنون.

ولو تنازعا في انقضاء المدة، أو في أنه هل فسخا قبل الإنقضاء أو بعده؟ فالقول للنافي، على وِزان ما مرّ في خيار المجلس.

***

ملك المبيع في زمن الخيار لمن؟

(وأظهر الأقوال أنه إن كان الخيار للبائع وحده فالملك في المبيع له)، فما يحصل من الزوائد والكسب والمهر فهو له، تم البيع أو فسخ.

---

(١) وبه قال الإمام الرافعي والنووي. ينظر: العزيز (٤/ ١٩٤)، وروضة الطالبين (٣/ ١٢٥).

(وإن كان للمشتري وحده فالملك منتقل إليه) فتكون الزوائد والكسب والمهر له، تم البيع أو فسخ.

(وإن كان) الخيار **(لهما: فهو)** أي: الملك **(موقوف)** لا يحكم به لأحدهما؛ لأستوائهما في الحكم **(فإن تم البيع)** بالتخاير أو أنقضاء المدة **(بان حصوله)** أي: الملك **(للمشتري من وقت البيع، وإلا)** أي: وإن لم يتم البيع بأن فسخا **(بان أنه لم يزُل ملك البائع)** عن المبيع، وكذا ملك المشتري عن الثمن[1].

هذا هو الأظهر، ومحصوله دوران الملك مع الخيار؛ لأنَّ الملك إنما يخرج بالرضاء والإرضاء مع الخيار، لإشعار شرط الخيار بعدم الرضاء بزوال الملك، وبه قال أبو حنيفة في البائع، وأبو يوسف ومحمد[2] في كليهما[3].

والثاني: أن الملك في زمان الخيار للمشتري تم البيع أم لا؛ لأنَّ الملك تابع للبيع والبيع إنما يتم به، وبه قال احمد[4].

والثالث: أن الملك للبائع تم البيع أم لا؛ لنفوذ تصرفاته فيه بالإجماع دون المشتري، وبه قال مالك[5].

والرابع: أن الملك موقوف سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، كما إذا كان الخيار لهما في القول الأول، فان تم فللمشتري وإلا فهو للبائع كما كان، وهذا أسلم الأقوال

---

(١) ينظر: الأُم (٣/ ٣٤٩)، والعزيز (٤/ ١٩٦)، وروضة الطالبين (٣/ ١٢٦).

(٢) أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الكوفي، فقيه، مجتهد، محدث، من شيوخه: أبو حنيفة، وأبو يوسف، ، ومن تلاميذه: يحيى بن معين، والشافعي، وهو من الذين نشروا علم أبي حنيفة، ومن مؤلفاته: المبسوط ، والجامع الكبير، ولي قضاء الرقة للرشيد، ثم قضاء الري، وبها مات سنة: (١٨٩هـ) . ينظر: تاريخ بغداد (٢/ ١٧٢-١٨٢)، رقم (٥٩٣)، ووفيات الأعيان (٤/ ١٨٤)، رقم (٥٦٧)، وسير أعلام النبلاء (٩/ ١٣٤-١٣٦)، رقم (٤٥)، و تاج التراجم لابن قطلوبغا (٢٣٧)، رقم (٢٠٣).

(٣) أي: إن كان الخيار للبائع فالملك له، وإن كان الخيار للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة، وعندهما يدخل. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٠)، والاختيار (٢/ ١٤).

(٤) هذه إحدى الروايتين عنه، والرواية الثانية: لا ينتقل الملك عن البائع حتى ينقضي الخيار، إذا فيكون الملك للبائع. ينظر: الإنصاف (٤/ ٣٦٦)، والروض المربع (١/ ٢١٨).

(٥) ينظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأحمد بن غنيم (٢/ ٨٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (٤/ ١٥٥)، وبلغة السالك لاقرب المسالك (٣/ ٨٢).

عن المخاشنة والحيف، وبه قال الأوزاعي والنخعي[١].

وحيث حكم بملك المبيع لأحدهما حكم بملك الثمن للآخر، وحيث توقف فيه توقف في الثمن.

***

ما يحصل به الفسخ والإجازة

(**ويحصل الفسخ والإجازة بما يدل عليهما من الألفاظ**) بلاخلاف؛ لأنَّ دلالة الألفاظ وضعية بخلاف دلالة الأفعال؛ فإنها عقلية يحتاج إلى القرائن، ولذا يجيء في بعضها خلاف كما يجيء (**كقوله**) أي: مريد الفسخ بائعاً أو مشترياً (**في الفسخ: فسخت البيع ورفعته، وأسترجعت المبيع**) أو رددتُ الثمن، أو المشتري: أستردتُ الثمن، أو استرجعته (**وفي الإجازة: أجزت البيع وأمضيته**) ورضيتُ به، ونعم ما ملكتُه، وما أشبه ذلك.

(**ووطءُ البائع**) الأمة المبيعة (**وإعتاقُه**) العبد المبيع والأمة (**في زمن الخيار، فسخٌ**) سواء كان الخيار له أو للمشتري[٢]؛ للإشعار بعدم الرضاء بزوال الملك، وعدم بقاء البائع على ما كان، ثم لا خلاف في جواز العتق على كل قول، وأما الوطء فان قلنا: الملك للبائع فهو حلال، وإلا فهو حرام وإن حصل به الفسخ.

والقياس أن ابتداء الوطء حرام لو قلنا بعدم الملك دون استدامته، ويمتحن به الطلبة فيقال: أي وطءٍ أوله حرام وآخره حلال؟

(**وكذلك بيعه وإجارته وتزويجه**) في زمن الخيار بدون لفظ يدل على الفسخ فسخٌ (**على الأصح**) من الوجهين؛ لإشعارها بعدم بقاء البائع على البيع، وظهور الندم وعدم الرضاء بزوال الملك.

والثاني: أنها ليست بفسخ؛ لأنَّ دلالاتها عقلية ويصدر ذلك عن الفضولي، والأصل

---

(١) إبراهيم النخعي وهو إبراهيم بن يزيد بن عمرو بن الاسود أبو عمران، مات سنة خمس أو ست وتسعين وهو متوار من الحجاج بن يوسف ودفن ليلاً. مشاهير علماء الأمصار (١٦٣)، رقم (٧٤٨).

(٢) في حاشية (ب) و (ج): قوله: أو للمشتري سهو من القلم؛ لأن الخيار إذا كان للمشتري،لم ينفذ تصرفات البائع مطلقاً، وليس له الفسخ بحال سيما بالوطء، بل الصواب أولهما عند القفال.

بقاء العقد فلا يترك الاستصحاب إلا بما يدل على الفسخ صريحاً وهو اللفظ؛ لأنَّ العقد الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد: فإذا صح العقد لم يحصل الفسخ، وإن صح الفسخ فلا عقد، فيدور.

(والأظهر) من الوجهين **(أن هذه التصرفات)** أي: الوطء والإعتاق والبيع والإجارة والتزويج **(إجازة من المشتري)** كما هي فسخ من البائع؛ لدلالتها على الرضاء بلزوم العقد.

والثاني: لا تكون إجازةً، أما الوطء؛ فإنّه لا يمنع الفسخ بالعيب اتفاقاً، [ولو] كان اجازة لمنع.

وأما سائر التصرفات؛ فلِما ذكرنا في الوجه الثاني من تصرفات البائع.

ومحل الخلاف فيما إذا لم يأذن البائع في الوطء وغيرها من التصرفات، فإن أذن وامتثل المشتري كان إجازة منهما بلا خلاف.

ثم القول في نفوذ هذه التصرفات بعد ما حكمنا بالفسخ [والإجازة] بها: أما التزويج والبيع والإجارة فلا تصح جزماً.

وأما الإعتاق: فإن كان الخيار للمشتري فهو نافذ على الأقوال، وإن كان الخيار لهما فهو غير نافذ؛ صيانةً لحق البائع عن الإبطال، وإن قلنا: الملك موقوف وتم البيع نفذ العتق وإلا فلا.

وأما [الوطء] فإن كان الخيار لهما حرم قطعاً، وإن كان للمشتري فهو حلال إن قلنا: إن الملك له، وإلا فحرام(١).

هكذا قالوا، وفيه نظر؛ لأنَّ الاستبراء شرطٌ في حل الوطء للمشتري فكيف يحل الوطء وإن حكمنا أن الملك للمشتري؟

وقد يجاب: بأن هذا في ما كانت المشتراة زوجته، أو مبنيٌّ على وجه ذكره المصنف

---

(١) ينظر: شرح المحلي على المنهاج وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٤٤).

في الشرح الكبير: أنه يجوز وطء المشتري في زمن الخيار بلا استبراء[١]، وفي اللباب والشامل ما يدل على أنه هو المختار.

(و) الأصح (أن العرض على البيع والتوكيل فيه) أي: في المبيع أو في الثمن المعين (ليسا فسخاً من البائع ولا إجازة من المشتري) لعدم زوال الملك بهما، واحتمال امتحان المماكسة.

والثاني: أنه فسخ وإجازة منهما؛ لإشعارهما من البائع بالندم وعدم البقاء على البيع، [ومن] المشتري بالرضاء والبقاء عليه.

ورُدَّ: بمنع الإشعار بذلك، ولا يقاس على رجوع الوصيّة بهما؛ لأنَّ الموصى به باق في ملك الموصي قبل الموت ولم يتعلق به حق، بخلاف المبيع في زمن الخيار.

***

خيار العيب[٢]

(**فصل: إذا ظهر بالمبيع عيب قديم**) أي: سابق على القبض (**يثبت للمشتري الخيار**) في فسخ البيع ؛ لأنَّ مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع؛ لأنَّ الأصل هو السلامة: وهي وصف مطلوب مرغوبٌ عادةً، والمطلوب عادةً كالمشروط، فكأنه شرط عدمه، وذلك بالإجماع.

***

العيوب المُثبتَة للخيار

(**وذلك**) العيب (**مثل كون العبد خصياً**) أو مجبوباً، أو مشهور العُنة[٣]؛ لفوات ما هو مقصود من الفحل لأنَّ الخصيَّ ونحوه لا يصلح لكل ما يصلح له الفحل، بخلاف

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ١٩٩) و (٢٠٣).

(٢) هو حق المشتري في فسخ العقد أو إمضائه وذلك إذا اشتمل المبيع على وصف مذموم اقتضى العُرف سلامة المبيع عنه غالبًا. الوجيز (١/ ١٤٢).

(٣) المجبوب: هو مقطوع الذكر، والعُنَّةُ: هو العجز عن الوطء. ينظر: أسنى المطالب (٣/ ١٧٦).

العكس، ولا نظر إلى زيادة القيمة بوجه آخر؛ لاختلاف الأغراض.

وتخصيص العبد بالذكر يقتضي عدم كون الخصآء عيباً في البهائم، وهو وجه، ولعله اختاره، وإلا فقد قال الجرجاني في الشافي[١]: أنه لا فرق في الخصاء بين العبد والبهائم[٢].

(أو) كونه (زانياً [أوشارباً] أو سارقاً)؛ لأنهما عيبان ينفر الطبائع عنهما ويرفع الوثوق عن تعاطيهما.

ولا فرق في ذلك بين الذكر والأُنثى.

وعن المزني: أن الزنا عيب في الجارية دون الغلام، والفرق ان الزنا يخل بالمقصود منها وهو الاستفراش ووثوق كون الولد منه، والغرض من الغلام الاستخدام وهو لا يختلف بالزنا وعدمه.

(أو آبقاً) وإن لم يتكرر.

وإطلاقه يقتضي أن لايكون فرق بين أن تكون هذه الأشياء في الصغر أو الكبر وهو كذلك عند الجمهور؛ لأنَّ دأب الصغر قلما يزول في الكبر.

وقيل: السرقة والإباق ليسا بعيب فيمن لم يبلغ [سن] التمييز؛ لأنَّ فعله هذا بميل الطبع لا[لخبثه]، بخلاف ما اذا كان مميزاً فإنّه يفعله [لخبث] الطبع، **وهو قوي ينبغي أن يُفتى به.**

(والبول في الفراش) فيما دون سبع سنين على ما نص عليه البغوي؛ إذ قلما يخلُو الصبيان عنها قبل ذلك.

والفرق: أن ذلك في الصغر لضعف المثانة وعدم بلوغها أو أنّ الاستمساك، بخلاف الكبير فإنّه داء أصاب المثانة.

فلو كان يبول عند البائع في الصغر وعند المشتري في الكبر فلا خيار؛ لأنَّ شرط

---

(١) هو القاضي أحمد بن محمد أبو العباس الجرجاني صاحب: (التحرير)، و(المعاياة)، و(الشافي).

(٢) ينظر: المجموع (١٢/ ٣٢١)، ومغني المحتاج (٢/ ٤٢٥).

الخيار اتحاد السبب الموجود عندهما وهنا ليس كذلك؛ لما ذكرنا من أن السبب في [الصغر] ضعف المثانة، وفي الكبر داء في المثانة، بخلاف ما لو كان مجنوناً عند البائع في الصغر وعند المشتري في الكبر؛ لأتحاد السبب وهو تخلل آفة في الدماغ في الحالتين.

(والبخر): وهو نتن يوجد فيَ الفم يحدث من بخار يصعد من المعدة، وهو الشرط في كونه عيباً.

أما الحاصل من تغير الفم بالسكوت، أو ترك الأكل، أوقلح اللثة فليس بعيب؛ لزواله بالسواك وغيره. **(والصُّنَانُ)**: وهو ذَفَرُ الإِبِطِ، أي: نتنه[١]، وقد يكون في الرأس وتحت القدم وأصل الفخذ.

وشرط كونه عيباً: أن يكون كثيراً، موجوداً في كل حال، أما ما يكون لعارض عرق أو مباشرة أمر صعب أو اجتماع وسخٍ، فإنّه ليس بعيب؛ لأنه وشيك الزوال.

وإطلاقه يقتضي أن لا فرق في البخر والصنان بين الذكر والأنثى، وهو الأصح؛ لأنَّ الغرض عدم الأذى عند الخدمة، وكما يستخدم الذكر يستخدم الأنثى.

وقيل: هما عيبان في الأُنثى دون الذكر؛ لأنَّ في الأُنثى يحتاج في الاستمتاع إلى القرب الموجب للأذى، بخلاف الذكر، وبه قال أبو حنيفة[٢].

(وكون الدابة) إبلاً أوفرساً أوبغلاً **(جموحاً)** أي: معتادة الجماح: وهو الامتناع على الراكب بالفرار منه، أو كونها غير ذلولة لإدخال اللجام في فمها **(أو عضوضاً)** أي: معتادة العض بالأسنان؛ فإنهما عيبان ينفران الطبايع عن مزاولة الدابة.

وإنما أتى بصيغة المبالغة فيهما؛ لأنَّ النادر منهما بسبب عارض لا يثبت الخيار، كما إذا رأت ما يهولها فامتنعت لذلك، أو وقع شيءعلى قرح ظهرها [أو محازمها][٣] فعضّت لذلك.

---

(١) لسان العرب (١٣/ ٢٤٩)، و غريب الحديث للقاسم بن سلام (٣/ ٢٣٧).

(٢) ينظر: الاختيار (٢/ ٢١)، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخي زاده (٣/ ٦٢).

(٣) المحزم والمحزمة: الحزام، جمعه محازم، وحِزامُ الدَّابَّةِ مَعرُوفٌ، والحِزامُ للدابَّة والصبَّيّ في مَهده، والمِحزَم: الذي يَقَع عليه الحِزام من الصَّدر. ينظر: العين (٣/ ١٦٦)، ولسان العرب (١٢/ ١٣١)، والمعجم الوسيط (١/ ١٧١)، مادة:)حزم(.

(عيوبٌ) خبرٌ لقوله: "والبول" وما عطف عليه.

قال الماوردي: ولو لم يعلم بأن العبد يبول في الفِراش إلا بعد الكبر فلا ردَّ، لكن يرجع بالأرش؛ لأنَّ علاجه في الكبر بعيد[١] وكأن كبره كالعيب الحادث يمنع الرد القهري.

(ولا مطمع في إحصاء العيوب) أي: لامظان للطمع في تعداد العيوب؛ إذ أنواع العلل مما لايُحيط به علم أحد إلا علم من أوجدها، والعيوب منها يتولد فهي أيضاً كذلك **(ولكن يقرب من الضبط ما قيل:)**- والقائل أولاً والد الإمام ثم الإمام بعده والغزالي بعدهما ثم أستقر الأئمة عليه - **(إن كل ما يوجد بالمبيع مما ينقص العين أو القيمة نقصاناً بفوت به غرض صحيح، يثبت)** ذلك النقص **(الرد، إذا كان الغالب في جنس المبيع عدمه)**[٢].

وفي الضابط قيود: **الأول**: "نقصان العين أو القيمة" يشير بذلك إلى أنه **لا** يشترط اجتماعهما حتى لو نقص العين دون القيمة: كنحو الخصاء والجُب، أو القيمة دون العين: كنحو الرتق والقرن[٣]؛ ثبت الرد، ولو اجتمعا فبالطريق الأولى، فهي لمنع الخلو دون الجمع[٤].

الثاني: قوله: **"نقصاناً يفوت به... الخ"** قيد للعين دون القيمة؛ إذ حيث نقص القيمة فيفوت به الغرض فلا يحتاج إلى صفة يخرج غيرها. تدبر.

والثالث: [قوله]: " غرض صحيح " يحترز به عما إذا نقص عينه مما لا يختلف به

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٥٤).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٥/ ٢٢٨)، والوسيط (٢/ ١١٠)، والوجيز (١/ ١٤٢).

(٣) الرتق: انسداد فرج المرأة بحيث يمنع الوطء، والقرن: قيل: عظم يكوَن في فرج المرأة يمنع من الوطء. وقيل: لحم ينبت في الفرج يمنع من الوطء، مثل أن يتورم الرحم وتنشأ عليه أورام سرطانية تسد مدخل فرجها. المجموع شرح المهذب تكملة المطيعي (١٧/ ٢٥١).

(٤) منع الخلو أي: امتناع عدم الجزأين معاً، وجواز اجتماعهما. ينظر: الرد على المنطقيين: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: ٧٢٨هـ)-دار المعرفة، بيروت، لبنان: (١٦٠).

غرض صحيح: كقليل نقص في الفخذ أو الظَهر أو الساق مما لا يظهر به اعوجاج أوشَينٌ يستهجن عند الكشف.

قيل: ذلك مما يختص بالإماء دون العبيد، والصحيح عمومه.

والرابع: " كون الغالب عدمه في المبيع " :كالشلل، والعرج، والحول الفاحش، والسبات وهو النوم المغمر[1] بحيث لا ينتبه حتى يرش عليه الماء، [فيحترز] به عما اذا لم يكن الغالب عدمه: كترك الصلاة في العبيد، والثيابة في الأمة الكبيرة؛ فإن ذلك لا يثبت الرد وإن اشترى على ظن عدمه، إلا إذا شرط عدمه؛ فإنّه يثبت الرد بخلف الشرط.

(**ولا فرق**) في ثبوت الرد (**بين العيب السابق على البيع و**) العيب (**الحادث قبل القبض**): أما السابق على البيع فبالإجماع، وأما الحادث بعد البيع وقبل القبض؛ فلأنّه من ضمان البائع.

وفي وجه: لا يثبت الرد؛ لأنَّ البيع إنما يتم بالقبض فكأنه حدث بعده، وينسب ذلك إلى ابن كج.

***

العيب الحادث بعد القبض

(**ولو حدث العيب بعده**) أي: بعد القبض (**فلا خيار للمشتري**) في الرد بذلك؛ لأنَّ القبض موجب لضمان كله، فلضمان جزئه أوصفته أولى، وذلك ظاهر إلا أنه ذكره [ليُرتَّب] عليه قولَه: (**[لكن] لو أستند**) أي: يُعَدُّ مسنداً (**إلى سبب سابق يتقدم عليه**) أي: على القبض بلا خلاف، وعلى العقد أيضاً على الصحيح (**كالقطع بجناية سابقة**) أو الإيضاح بها أو الإفقاء[2] بها، أو كان قد سرق فقطع بها، وقد جهل المشتري سبق السبب (**فأصح الوجهين أنه يثبت الرد**)؛ لأنَّ [تقدم] السبب كتقدم المسبب، ولأنه لم يحدث عند المشتري ما يجلب ذلك.

---

(١) في (ج): (المغمى)، وهو تحريف.

(٢) فَقَأَ العين والبشرة وَنَحوهَا: يفقؤها فَقَأً، وفقأها فانفقأت، وتفقأت: كسرهَا. وَقيل: قلعهَا. عَن اللحياني. المحكم والمحيط الأعظم (٦/ ٤٧٧)

والثاني: لا يثبت الرد به؛ لأنَّ العيب وجِد والمبيع في ضمان المشتري.

فإذا قلنا به ثبت به للمشتري الأرش على البائع، وهو ما بين قيمته بريئاً من موجب القطع مثلاً وبين كونه مشغول الرقبة به من الثمن، فلو كان الثمن مائة، والقيمة بريئاً خمسون ومشغولَ الرقبة أربعون فالنقصان خُمس القيمة وهو عشرة، فيرجع بخُمس الثمن على البائع وهو عشرون.

وقد أشرنا [إلى] أن الخلاف فيما إذا جهل المشتري سبق السبب، أما إذا عَلِمَ واشترى اعتماداً على العفو أو فداء البائع فلا ردَّ ولا أرش قطعاً.

(**وليس كذلك**) أي: كالقطع بجناية سابقة (**الموتُ بمرض سابق، على الأشهَر**) من الوجهين؛ لأنَّ المرض المفضي إلى الموت يزيد قليلاً قليلاً إلى أن يحصل الموت فلم تتحقق نسبة الموت إلى المرض السابق.

والثاني: يقول: هو المرض السابق الذي أفضى إلى الموت، فهو كما لو مات بسراية جراحة سابقة.

فعلى الثاني ينفسخ العقد قُبيل الموت ويموت في ملك البائع [ويسترد] المشترى.

وعلى الأوّل يرجع المشتري بأرش المرض، وهو ما بين قيمته صحيحاً ومريضاً، فلو كان التفاوت بربع القيمة فالرجوع بربع الثمن مثلاً، وبالثلث فبالثلث، فلو كانت قيمته صحيحاً ثمانون ومريضاً أربعون والثمن كان مائة فيرجع بخمسين، وعلى هذا فقس.

والخلاف عند جهل المشتري بالمشترى، فإن عَلِم فلا شيء له قطعاً.

(**ولو قُتِل بردة سابقة**) أو بقصاص سابق، أو مات بسراية جراحة سابقة وقد جهل المشتري (**فهو من ضمان البائع، في أصحّ الوجهين**) فيرد البائع جميع الثمن؛ لأنَّ تقدم السبب كتقدم المسبب، فينفسخ البيع قُبيل القتل أوالموت بالسراية، فيموت في ملك البائع.

والثاني: ليس من ضمان البائع بل تعلّقُ القتل برقبته عيبٌ يُثبت الأرش وهو ما بين

كونه بريئاً من الردة أو القصاص مثلاً وبين كونه مشغول الرقبة بهما من الثمن، حتى لو كان التفاوت بربع القيمة فالرجوع بربع الثمن، وبالثلث فبالثلث، وهكذا القياس.

فلو علم بالرِدة أوالقصاص واشترى اعتماداً على العفو في القصاص، والتوبة في الردة، والاندمال في الجراحة، فلا شيء له بحال.

ومؤنة تجهيزه ودفنه على هذا الخلاف، فيتبع الضمان.

***

حكم البيع بشرط البراءة من العيوب

(**ولو باع بشرط البراءة من العيوب**) أي: بشرط أن لا يرجع عليه بعيب موجود في المبيع، بعد [أن يتأمل فيه المشتري] ويراه على حسب حاله (**فأصح الأقوال أنه لا يبرأ في غير الحيوان**)[1] كالثياب والمطعومات والعقارات؛ لأنّ هذا الشرط خلاف القياس فلا يتعدى عن مورده، وهو إجماع الصحابة في الحيوان دون غيره كما سنذكر.

(**ويبرأ في الحيوان**) العبيد والإماء وسائر الحيوانات (**عما لا يعلمه**) أي: البائع، ولم يظنّه أيضاً وهو مما لا يطلع عليه غالباً ويعبر عنه بالعيب الباطن (**دون ما يعلمه**) من عيوب الباطن؛ فإنّه لا يبرأ؛ للتلبيس، فيعاقب بضد ماقصد، كالقاتل الوارث.

وأما العيب الذي يُطّلع عليه غالباً ويُعَبر عنه بالعيب الظاهر فلا يبرأ عما لا يعلمه أيضاً؛ لندرة خفائه، فيلحق بغالبه، وهو عدم الخفاء، والأصل في ذلك ما روى البيهقي عن الموطأ: «**أن عبدالله بن عمر باع عبداً له بثمانمائة درهم فاشتراه زيد بن ثابت**[2]**، وشرط ابن عمر براءته عن عيبه، فقال زيد: به داء لم تسمه لي، فقال ابن عمر: قد**

---

(١) ينظر: الأُم (٣/ ٤١٨)، ومختصر المزني (٨٤)، والحاوي الكبير (٥/ ٢٧٢)، والبيان (٥/ ٣٠٣).

(٢) زيد بن ثابت بن الضحاك بن زيد، من الأنصار من الخزرج، من أكابر الصحابة، كان كاتب الوحي، ولد في المدينة، ونشأ بمكة، وهاجر مع النبي وعمره: (١١)سنة، تفقه في الدين فكان رأساً في القضاء والفتيا والقراءة والفرائض، وكان أحد الذين جمعوا القرآن في عهد النبي ﷺ وعرضه عليه، كتب المصحف لأبي بكر، ثم لعثمان حين جهز المصاحف إلى الأمصار. روى عنه جماعة من الصحابة منهم: أبو هريرة، وابن عمر، وأنس وسهل بن سعد، ومن التابعين: سعيد بن المسيب وولداه، توفي سنة: (٤٥هـ). ينظر: أسد الغابة: (٢/ ٣٣٢) رقم: (١٨١٥)، وتهذيب الكمال (١٠/ ٢٤)، رقم (٢٠٩١)، والإصابة (٢/ ٥٩٢-٥٩٤)، رقم (٢٨٨٢).

شرطتُ البراءة، فاختصما [إلى] عثمان رضي الله تعالى عنه فقضى على ابن عمر أن يحلف على عدم العلم بالداء حين العقد، فلم يحلف، واسترجع العبدَ من زيد ورد الثمن إليه، ثم باع بألف وخمسمائة، وكان يقول: تركتُ اليمين لله تعالى فعوَّضني به»[1].

ووافق اجتهاد الشافعي رحمه الله تعالى [إياه] فقال: الحيوان يغتدى في كل حال صحيحاً وسقيماً قلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر فيحتاج البائع إلى شرط البراءة؛ ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من خفي العيوب دون ما يعلمه[2].

والثاني: يبرأ عن كل عيب عن كل شيء ظاهر أو باطن حيوان أو غير حيوان؛ عملاً بمقتضى الشرط[3].

والثالث: لا يبرأ عن شيء من العيوب من الحيوان وغيره؛ قياساً على سائر البيوع مع الشرط ولم يكن مستثنى في الشرع[4].

والجواب: مستثنىً بإجماع الصحابة؛ لأنَّ عثمان رضي الله تعالى عنه لم يحكم ببطلانه، ولم ينكر عليه أحد، مع أن المتعاقدين كانا من علماء الصحابة، ولذا لم نحكم ببطلانٍ على البيع على الأقوال، على الصحيح.

(ويجوز مع هذا الشرط) أي: شرط البراءة عن العيوب **(الردُّ بالعيب الحادث قبل القبض)**؛ لأنه لم [يوجد] وقت البراءة فلا تتناوله البراءة.

---

(١) حديث التابعي سالم بن عبدالله بن عمر ﷺ: أخرجه مالك (٤/ ٨٨٥)، رقم (٢٢٧١)، وعبدالرزاق في مصنفه (٨/ ١٦٢)، رقم (١٤٧٢١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٣٦٥)، رقم (٢١١٠٠)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٣٨)، رقم (١٠٥٦٨)، وصححه، وفي معرفة السنن والآثار (٩/ ٢٣٨)، رقم (٣٥٥٥)، وصححه ابن الملقن. ينظر البدر المنير (٦/ ٥٥٨). **ملاحظة:** لم نعثر على الرواية التي ذكرها المصنف في كتب متون الحديث، وإنما هي متداولة في الكتب الفقهية، وقد ذكر ابن حجر بعد أن خرج هذا الحديث: أنه لم يسم أَحد المشتري، وتعيين هذا المبهم ذكره فِي الحاوي للماوردي، وفي الشامل لابن الصباغ بغير إسناَدٍ، وزاد: أَنَّ ابن عمر كان يقول: تركت اليمين للّه فعوضني اللّه عنها. ينظر: تلخيص الحبير (٣/ ٦٧)، والحاوي الكبير (٥/ ٢٧٣).

(٢) مختصر المزني (٨٤)، والبيان (٥/ ٣٠٤)، والحاوي (٥/ ٢٧١)، والمجموع (١٢/ ٣٥٥).

(٣) وبه قال أبو ثور، وأبو حنيفة. ينظر البيان (٥/ ٣٠٣).

(٤) وهذا عند الحنابلة أيضاً. المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/ ٣٤٤)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٣٥).

وفيه وجهٌ: أنه ليس له الرد؛ لأنَّ المقصود بالبراءة سقوطُ حق الفسخ، وذلك بالبراءة عن الموجود عند العقد والحادث قبل القبض؛ لأنه كالأولى في كونه في ضمانه.

(ولو شرط البراءة عما يحدث) بعد العقد وقبل القبض **(لم يصح)** الشرط **(على الأظهر)** من الوجهين؛ لأنَّه خلاف ما يثبت بالإجماع، ولأنه غير موجود حين الشرط فلا يتناوله.

والثاني: يصح الشرط؛ لأنَّ الحادث قبل القبض في معنى الموجود عند العقد.

وعلى الأوّل صح العقد وفسد الشرط على الصحيح.

وقيل: يفسد العقد أيضاً.

ولو شرط البراءة عن الموجود وما يحدث دفعةً فسد في الكل؛ لأنَّ الشرط لا يحتمل التفريق.

وقيل: يصح في الموجود دون ما يحدث؛ قياساً على القول الأصحّ في تفريق الصفقة.

ولو عين العيب في شرط البراءة، فإن كان مما لا يظهر في الحس في الحال كالزنا والسرقة والإباق، بريء بلا خلاف؛ لأنَّ ذكرها كالإعلام بها وقد قبِل المشتري بعده.

وإن كان مما يظهر في الحس: كالبَرَص والجُذام[1]، فإن أراهُ قدره وموضعه من البدن بريء منه أيضاً، وإن لم يُرِهِ فهو كشرط البراءة مطلقاً، وقد ذكرنا أنه لا يبرأ عن العيوب الظاهرة؛ ولأن الأغراض تتفاوت باختلاف القدر والموضع.

ولو شرط البراءة عن كل غائلة، **قيل**: هي السرقة والإباق والجنون دون المرض؛ لأنَّ الغائلة تختص بالأفعال[2]. **والأصحّ** أنه يعم الأمراض أيضاً.

---

(١) البَرَصُ: هو بياضٌ شديد يُبَقِّعُ الجلد ويُذهِب دَمَوِيته، والجُذَام: هو علة يحمر منها العضو ثم يَسوَدُّ ثم يتقطع ويتَنَاثَر ويُتَصَور ذلك في كل عضوٍ لكنه في الوجه أغلب. أسنى المطالب (٣/ ١٧٥).

(٢) قال الخطابي: وَأَخبَرَنِي أَبو مُحَمَّدٍ الكَرَانِيُّ ثنا عَبد الله بن شَبِيب ثنا زكريا بن يحيى المِنقَرِيّ عَنِ الأَصمَعي قَالَ سألتُ سعيدَ بن أبي عَرُوبة عن الغائلة فَقَالَ الإباقُ والسَّرَقُ والزِّنا، وقال الهروي: الغائلة أن يكون مسروقاً فإذا استحق غال مال مشتريه الذي أداه في ثمنه. ينظر: غريب الحديث للخطابي (١/ ٢٥٨)، والغريبين في القرآن والحديث للهروي (٤/ ١٣٩٤).

ولو شرط البراءة من كل داء، **فقيل**: الداء ما في الجوف: من الطحال والكبد وفساد الحيض والسل والدق[1]، وما أشبه ذلك، وبه قال أبو حنيفة، واختاره العبادي[2].

وقيل: يعم جميع الأمراض الظاهرة والباطنة، دون هذا فهو كما لو جمع بين الظاهرة والباطنة فيفسد في الكل على وجهٍ، ويصح [في الباطنة دون الظاهرة] في آخر.

***

معرفة العيب بعد هلاك المبيع أو إعتاقه عند المشتري

(ولو هلك المبيع عند المشتري: بأن مات العبد، أو أُكل الطعامُ) أو سُرق أو حُرِق **(ثم عرف العيب، فقد تعذر الرد)**؛ لفوات المبيع حساً، فخرج عن محل الإمكان **(وكذا لو أعتق العبد)**؛ لأن العتق إنهاء للملك؛ لأنَّ الملك إنما يثبت على الآدمي إلى العتق والمنتهى مقرر فهو كالموت، [فتعذر] الرد شرعاً **(ويرجع على البائع بالأرش)** في الهلاك حساً وشرعاً.

وقيل: لا يرجع في العتق؛ لأنَّ تعذر الرد إنما هو من جهته، فهو كما لو قتله.

ومقتضى إطلاقهِ العتقَ واقتصارِه عليه: أنه لا يرجع بالأرش اذا أعتقه على مال أو كاتبه، وهو كذلك.

وأما لو اشترى بشرط الإعتاق ووفى بالشرط، أو اشترى من يعتق عليه ثم عَلِم العيب فالذي رجحه السبكي واختاره ابن الملقن: ثبوتُ الرجوع بالأرش[3]؛ لأنَّ الأرش جبر للغبن فلا يتفاوت بتفاوت العتق، والذي اختاره الكيا الهراسي[4]: أنه لا

---

(١) السُّلّ: مرض يصيب الرِّئة فيأخذ منه البدن في النقصان والاصفرار. أسنى المطالب (٣/ ٣٧)، ونهاية المحتاج (٦/ ٦٢)، والدق: ضرب من الحُمى معاودة يومياً تصحب غالباً السل الحاد. الحاوي في الطب (٢/ ٦٤) و(٤/ ٢٥٨). والمعجم الوسيط (١/ ٢٩١).

(٢) هو القاضي أبو عاصم محمد بن أحمد بن محمد العبادي،الهروي،الشافعي.

(٣) ينظر: عمدة المحتاج (٤٢) عجالة المحتاج (٢/ ٧٠٤)، وفتح الوهاب (٢/ ٣٣٢)، المطبوع مع حاشية البيجرمي عليه.

(٤) وهو الإمام شمس الإسلام، أبو الحسن، علي بن محمد بن علي إلكيا الهراسي، الطبري، الملقب بعماد الدين، فقيه، أصولي، متكلم، مفسر، الكيا: في اللغة العجمية هو الكبير القدر المقدم بين الناس، ولد في طبرستان: سنة: (٤٥٠)، من شيوخه: إمام الحرمين أبو المعالي الجويني، وزيد بن صالح الآملي، وأبو علي الحسن بن محمد الصفار، ومن تلاميذه: سعد الخير بن محمد الأنصاري، وعبد الله بن محمد بن غالب، وأبو طاهر السلفي، وغيرهم،

يرجع بالأرش؛ لأنه قد التزم العتق وهو في ملك البائع فقد التزم ما هو أيسر من العتق وهو فوات الجبر لما غُبن فيه.

***

المقصود بالأرش

(وهو) أي: الأرش (جزءٌ من الثمن) من الربع والثلث والخُمس وغيرها (نسبتُه) أي: نسبة الجزء (إليه) أي: إلى الثمن (نسبةُ ما) أي: مثل نسبة قدرٍ (ينقص العيبُ) أي: ينقصه (من القيمة إلى تمامها) أي: تمام القيمة، متعلق نسبة ما (لو كان سليماً) بأن يُقَوَم المبيع سليماً فيحفظ مبلغ القيمة، ثم يُقَوَم معيباً فيحفظ المبلغ، ثم ينظر إلى التفاوت بين القيمتين أهو بالربع أو الثلث أوغير ذلك؟ فيرجع بتلك النسبة في الثمن:

فلو اشترى عبداً معيباً بمائة وكانت قيمته سليماً خمسين ومعيباً أربعين، فالنقصان خُمس القيمة، فيرجع المشتري بخُمس الثمن على البائع وهو عشرون.

وإنما كان الرجوع بجزء الثمن؛ لأنَّ المبيع مضمون على البائع بجميع الثمن فيكون جزؤه مضموناً عليه بجزء الثمن أيضاً.

فإن كان ذلك بعد قبض الثمن رد الجزء المضمون.

وإن كان قبل قبض الثمن سقط ذلك الجزء عن المشتري.

ثم هل يشترط طلب المشتري في السقوط أم يسقط بلا طلب؟ فيه وجهان:

الأصح: الاشتراط، حتى لو أدى جميع الثمن ولم يطلب السقوط حل للبائع التصرف في الجميع.

والثاني: لا يشترط، بل يسقط بنفس ظهور العيب حتى لو أدَّى جميع الثمن فلا يجوز للبائع التصرف إلا في ما عدا الجزءَ المضمونَ.

***

من تصانيفه: (أحكام القرآن) و(شفاء المسترشدين في مباحث المجتهدين) في الفقه، و(التعليق) في اصول الفقه. توفي سنة: (٥٠٤هـ). ينظر: وفيات الأعيان (٣/ ٢٨٧-٢٩٠)، رقم (٤٣٠)، وسير أعلام النبلاء (١٩/ ٣٥٠)، رقم (٢٠٧)، وطبقات الشافعية للسبكي (٧/ ٢٣٢- ٢٣٥)، رقم (٩٣١)، وهدية العارفين (٢/ ٢٧٠).

القيمة في أرش العيب بأي يوم تعتبر؟

(والأصح) من ثلاثة أقوال في طريقة محكية عن المراوزة **(أنَّ الإعتبار)** في النظر إلى التفاوت بين القيمتين **(بأقل القيمتين من يوم البيع والقبض)** فأيُ قيمة منهما أقل؟ يقدر بها صحيحاً ومعيباً ثم ينظر في التفاوت بينهما ويرجع بنسبته في الثمن؛ لأنَّ القيمة إن كانت يوم البيع أقل فالزيادة إنما حصلت في ملك المشتري فكيف يحسب على البائع؟ وإن كانت يوم القبض أقل فما نقص فهو من ضمان البائع فكيف لا تحسب الزيادة عليها؟[(١)].

والثاني: الاعتبار بقيمة يوم البيع؛ لأنَّ فيه قوبِل المبيع بالثمن.

والثالث: الاعتبار بقيمة يوم القبض؛ لأنَّ المبيع إنما دخل في ملك المشتري فيه.

والطريقة المحكية عن العراقيين: القطع بأقل القيمتين بلا طرد الأقوال[(٢)].

وقول المصنف: "يوم البيع والقبض" تحديد للاعتبار، فيدخل فيه الوسط بالطريق الأولى، فلا تكون عبارة المنهاج أصوب من عبارة الكتاب كما ظُن، بل على المنهاج أن يعبر بالمذهب في قوله: "والأصح أعتبار... الخ"؛ لأنه من الطريقين وقد التزم ذلك[(٣)].

***

تلف الثمن دون المبيع عند معرفة العيب

(ولو كان المبيع باقياً) حين عرف العيب **(والثمن تالفاً)** حساً أوشرعاً **(جاز الرد)**؛ لأنَّ تلف الثمن لا يورث تعذر الرد في المبيع **(ويأخذ بدل الثمن من المثل)** إن كان مثلياً: كالحبوب والتبرين **(أو)** من **(القيمة)**[(٤)] لو كان الثمن متقوماً كالحيوانات والأثواب والمعاجين التي لا تنضبط أجزاؤها.

---

(١) ينظر: الأم (٣/ ٤١٨)، والشرح الكبير (٤/ ٢٤٦).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ١٤٦).

(٣) ينظر: المنهاج (٤٨)، ودقائق المنهاج (٦٠).

(٤) المِثلِيُّ: ما له مثل في الأسواق، أو نَظير بغير تفاوت يُعتَد به، كالمكيلات، والموزونات، والمذروعات، والعدديات المتقاربَة. والقِيمِي: ما ليس له مثلٌ في الأسواق، أوهو ما تتفاوت أفراده، كالكتب المخطوطة، وَالثياب المُفَصَّلَة المَخِيطَة لأِشخاصٍ بأعيانهم. الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٨/ ٢٦٩).

ثـم الاعتبـار بأقـل القيمتـين بـلا خـلاف كـما صرح بـه المصنـف في الشرحـين؛ "**لأنها إن كانـت يـوم البيـع أقـل فالزيـادة حدثـت في ملـك البائـع، وإن كانـت يـوم القبـض أقـل فالنقصـان مـن ضـمان المشـتري**" هذالفظـه، ثـم قـال: "**ويشـبه أن يجـري فيـه الخـلاف المذكـور في أعتبـار الأرش**" ولم يتابعـه النـوَوي في ذلـك بـل سـوى بـين الحكمـين[١].

***

معرفة المشتري العيب بعد زوال ملكه عنه

(**ولـو عـرف العيـب بعـد مـا زال ملكـه عـن المبيـع إلى غـيره**) بعـوض أو مجّاناً (**فـلا رَدَّ**)؛ لأنـه يتضمـن فـوات حـق المنقـول اليـه (**والأصـح**) مـن القولـين منصـوص ومُخرّج[٢] (**أنـه**) أي: المشـتري (**لا يرجـع بـالأرش**) عـلى البائـع (**أيضـاً**) كـما أنـه لا ردَّ لـه؛ لأنـه لم ييـأس مـن العـود إليـه فقـد يعـود إليـه فـيرده.

(**ولـو عـاد إليـه**) أي: إلى المشـتري (**الملـك بعـد [الـزوال] فـإن عـاد بالـرد بالعيـب فلـه الـرد أيضـاً**)؛ جـبراً لمـا غُبـن بـه، وهـو ظاهـر (**وإن عـاد بغـير الـرد**) كالإقالـة والهبـة والـشراء والإرث (**فكذلـك**) لـه الـرد (**في أظهـر الوجهـين**)؛ [العـود] إمـكان الـرد، وعـدم المانـع منـه.

والثـاني: لا ردَّ لـه؛ لأنـه بالإزالـة والاعتيـاض عنـه اسـتدرك مـا غُبـن بـه مـن الظلامـة، وغُبِـن غـيره كـما غبـن هـو ولم يبطـل ذلـك الاسـتدراك، بخـلاف مـا لـو رُدَّ عليـه بالعيـب.

ورُدَّ: بـأن هـذا مبنـيٌّ عـلى أن العلـة في عـدم طلـب الأرش اسـتدراكُ الظلامـة، وليـس كذلـك، بـل هـي إمـكان عـود المبيـع، وهـذان الوجهـان في القـول المنصـوص.

والقول الثاني: الذي خرَّجه ابن سريج: أن له الأرش؛ لتعذر الرد شرعاً[٣].

وعـلى هـذا فلـو أخـذ المشـتري الأرش ثـم رد عليـه بالعيـب فلـه رده مـع الأرش واسـترداد الثمن.

---

(١) ينظر: الشرح الكبير (٤/ ٢٤٦)، وروضة الطالبين (٣/ ١٤٧).

(٢) ينظر: الأم (٣/ ٤١٨).

(٣) كما في شرح المحلي وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٥١).

وقيل: لا؛ لاستدراك ما غُبن به.

وعلى المنصوص لو تعذر العود لتلف أو إعتاق رجع المشتري الثاني بالأرش على بائعه الذي هو المشتري الأوّل وهو يرجع إلى بائعه جزماً، وللمشتري الأوّل الرجوع على بائعه قبل الغرامة للثاني، وكذا لو أبرأه منه على الصحيح.

ومؤنة الرد على المشتري؛ لأنَّ الرد لمصلحته. وقيل: على البائع؛ لأنَّ الملك له.

***

وقت الرد بالعيب

(**والرد بالعيب على الفور**)؛ [لأنه خيار يثبت في الشرع لدفع الضرر عن المالك فكان على الفور كالشفعة]؛ لأنَّ التاخير دليل الرضى بالعيب، والرضى بالعيب مفوت لطلب الأرش أيضاً (**لكن لو كان يصلي**) أو حضر وقت الصلاة وبالاشتغال بالرد تفوت (**أو بأكل**) ولو لم يكن جائعاً جداً؛ لأنَّ ترك الأكل طياشة وجلافة (**أو يقضي حاجته**) أو يستنجي أو يغتسل ولو مسنوناً (**فله التأخير إلى أن يفرغ**)؛ لأنَّ العادة لم تجرِ بقطع هذه الأمور وتركها لما لم يكن فيه فوت روح محترم، فلا يعدُّ مقصراً بالاستدامة إلى الفراغ.

وإطلاقه يقتضي وجوب الرد على الفور في أنواع البيع كلها حتى السَلَم، وبيع الشيء على الذمة، على ما مثله صاحب الأنوار[1]، حتى لو قبض المسلم فيه أو المبيع في الذمة فوجد به عيباً وجب الرد على الفور، وهذا وجه.

والأصح أن فيه تفصيلاً: وهو أنه لا يملك إلا بالرضى فلا يعتبر الفور؛ إذ الملك موقوف عليه.

وإن قلنا إنه يملك بالقبض ففيه وجهان:

والأصح: أنه ليس على الفور؛ لأنه ليس معقوداً عليه، وإنما يجب فيما يؤدي رده إلى رفع العقد، ذكره المصنف في باب الكتابة من الكبير وأقر عليه[2].

---

(١) ينظر: الأنوار لأعمال الابرار (١/ ٤٣٧)، وراجع كتاب السلم منه.

(٢) العزيز الكبير ط العلمية (١٣/ ٤٩٧).

(ولـو عـرف العيـب بالليـل فلـه التأخـير إلى أن يُصبِـح)؛ اتباعـاً للعـادة، ولئـلّا يقـع في ضرر مـن أخـذ اللصـوص والزعـار وغيره.

ويُفهـم مـن هـذا التعليـل أنـه إذا أمكنـه الـرد بغـير ضرر، بـأن كانـا جاريـن أو كانـا في قريـة أو بلـدة لا يخـاف الخـروج مـن البيـت ليـلاً فتلزمـه المبـادرة، وإلا يسـقط حقـه؛ لإشـعاره بالـرضى بالعيـب.

ولا بـأس بإغـلاق البـاب ورد الوديعـة التـي لـو تركهـا وذهـب ضاعـت، وتهيـؤه بلبـس الثيـاب والمكاعـب واتخـاد الجـوارخ لـو احتـاج إليهـا، بـأن كان شـتاءً لا يمكـن المشي بـدون جـارخ.

(وتعتـبر المبـادرة) في الطريـق (عـلى الوجـه المعتـاد) كـما في أصـل الـرد، فـلا يلزمـه العـدو في المشي، ولا الركـض لـو كان راكبـاً، ولا النـداء عليـه مـن بُعـد قبـل الوصـول إليـه، ولا إرسـال الكتابـة بيـد مـن هـو أسرع منـه مشـياً، ولا يجـوز خـلاف العـادة ولا النـوم في الطريـق بـلا غلبـة، ولا الانحـراف عنـه للصيـد إلا اذا فاجـأه الصيـد وهـو ممـن يرجـو الظفـر بـه فهـو معـذور؛ لأنَّ العـادة اتبـاع الصيـد هكـذا.

***

كيفية الرد بالعيب

(وإن كان البائـع في البلـد رد) المشـتري (بنفسـه أو بوكيلـه) في أمـوره العامـة مـن رد المعيبـات والودائـع، أو وكلـه بعدمـا عِلـم العيـب بـرد المعيـب (عليـه) أي: عـلى البائـع (أو عـلى وكيلـه) العـام بقبـض الأعيـان المعيوبـة المـردودة، وأخـذ الودائـع، واسـتيفاء الحقـوق مـا لـه أو عليـه، أو وكلـه بأخـذ ذلـك المبيـع المعيـب خاصـاً، أو كان وكيـلاً في بيعـه وقلنـا: إن أحـكام البيـع يتعلـق بالوكيـل، وهـو مـا عليـه الجمهـور.

(ولـو تركـه) أي: تـرك البائـع أو وكيلـه، هكـذا فـسره المحـلي، أو تـرك الـرد إلى البائـع أو وكيلـه مـع الإمـكان (ورفـع الأمـر إلى الحاكـم فهـو آكـد)؛ لأنـه ربـما لا تقطـع الخصومـة بالـرد إلى المالـك فيـؤول الأمـر إلى الرجـوع إليـه، ففـي أول الأمـر اسـتعجالاً لقطـع الخصومـة أولى.

ثـم المـراد بالـرد: أن يحـضر مجلـس الحاكـم ويـصرح بالفسـخ في المبيـع المعيـب فيقـوى بـه الـرد عـلى غريمـه.

(وإن كان) البائـع (غائبـاً عـن البلـد، رفـع الأمـر إلى الحاكـم) ويقـول كـما ذكرنـا فيـما إذا لم يكـن غائبـاً، لكـن نقـل المصنـف عـن القاضي حسـين وأقـره: "أن المراد بالرفـع أن يدعـي عنـد الحاكـم شراء ذلـك مـن فـلان الغائـب بثمـن معلـوم قد قبضـه ثـم ظهر العيـب القديـم، ويقـول فسـختُ البيـع بذلـك العيـب، ويقيـم البينـة في مقابلـة مسـخر نصبـه الحاكـم ويحلفـه عـلى أن الأمـر كذلـك كـما هـو شـأن سـائر الدعـاوى عـلى الغائـب، ويحكـم بالـرد عـلى البائـع الغائـب ويبقـى الثمـن دَينـاً عليـه، ويأخـذ المبيـع منـه ويضـع عنـد عـدل، ويقـضي الديـن مـن مـال البائـع الغائـب، وإن لم يكـن لـه مـال سِـوى ذلـك المبيع باعـه الحاكـم في ديـن الثمـن" انتهى[1].

ويشـبه أن يكـون هـذا فيـما لم يمكنـه الـرد عـلى المالـك أو وكيلـه في الحـال، وإلا فيكفـي الحضـور والفسـخ عنـده؛ لقـرب ملاقاتهـما وإسـكان غليلهـما بالتداعـي، وذلـك أن لا يكـون غائبـاً إلى مسـافة العَـدوى[2].

***

الإشهاد على الفسخ

(وإلى أن ينتهـي) المشـترى **(الى البائـع)** أو وكيلـه **(أو الحاكـم هـل يلزمـه الإشـهاد عـلى الفسـخ عنـد التمكـن؟)** بـأن كان هنـاك رجـلان يقبـل شـهادتهما ولا يمتنعـان مـن التحمـل **(فيـه وجهـان: أظهرهمـا: نعـم)** أي: يلزمـه؛ لأنَّ الإشـهاد ممـا يثبـت بـه الحقـوق ويدفـع بـه الخصومـات، فلوتـرك الاشـهاد فكانـه مقـصر في إثبـات حقـه فيبطـل حقـه مـن الـرد.

وأما اذا لم يتمكن من الإشهاد فهو معذور.

والثـاني: لا يلزمـه ذلـك؛ لأنَّ الإشـهاد ليـس مـن لـوازم الفسـخ بـل لدفـع الخصومـة، وذلـك مسـتحب لا مسـتحق.

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٢٥٢).

(٢) وهي ما يرجع منها مبكراً إلى محله، وهو دون مسافة القصر. الإقناع (٢/ ٦٢٣).

(وهل يلزمه التلفظ بالفسخ إذا لم يتمكن من الإشهاد؟ فيه وجهان: أظهرهما: لا) يلزمه التلفظ، بل يؤخر إلى أن يأتي به عند البائع أو الحاكم؛ لأنه لو تنازعا فيه لم يثبت الا بالبينة، فالتلفظ وعدمه سواء.

والثاني: يلزمه؛ إذ ربما ينكلُ البائع فيتمكن المشتري من الحلف، فإذا ترك التلفظ سقط حقه؛ لأنه مقصر في إثبات حقه بذلك الوجه.

***

موانع الرد بالعيب

(ويشترط) لثبوت الرد **(ترك الاستعمال)** وهو جعل الشيء ملصقاً بالعمل بأن كان ثوباً فلبسه، أو آلة فعمل بها، أو قوساً فرمى به **(والانتفاع)** وهو جعل الشيء محلاً لما ينفعه، وهو أعم من الاستعمال؛ لأنَّه يعم ما إذا استخدم الرقيق واستظل بالشجرة **(فلو استخدم العبد أو ركب الدابة أو ترك عليها سرجه)** أي: سرج المشتري **(أو إكافه)** أي: البرذعة[1] أي: پالان[2]، وإنما أضاف إلى المشتري؛ لأنه لو كان السرج أو الإكاف للبائع وتركهما عليها فلا بأس **(بطل حقه)** من الرد؛ لأنَّ ذلك من الانتفاع والاستعمال الدالين على الرضى فيكون كالتأخير فيكون مقصراً في حقه.

والاقتصار على ذكر السرج والإكاف مشعر بأنه لا بأس بترك اللِجام [والعذار][3]، وهو كذلك؛ لأنَّ تركهما عليها لا يعد انتفاعاً، وقد يُترك ذلك لئلّا تنفر الدابة.

ولفظ الاستخدام مشعر بأنه لو خدمه العبد بلا أمر منه وسكت عليه لم يضر، وهو كذلك عند الجمهور، ولو ناوله الماء فأخذ منه فكذلك على الجمهور، لكن لو ردَّ إليه الإناء فهو استعمال يسقط حق الرد.

---

(١) الإِكَافُ: قال الشربيني: "هو ما تحت البَرذَعَة، وَقيل: نفسها، وقيل: ما فوقها، والبِرذَعَةُ: هي للحمار ما يركب عليه بمنزلة السرج للفرس". مغني المحتاج (٢/ ٤٤٩)، والمصباح المنير (٢٨).

(٢) لفظ فارسي كردي ترجمة للإكاف، ويرادفه في الكردية: كورتان.

(٣) والعذار هو: ما سال من اللجام على خد الفرس. ينظر: المحكم (٢/ ٧٢)، ولسان العرب (٤/ ٥٤٥) مادة: (عذر).

ولو كان لابس الثوب فعرف العيب في الطريق وهو غير واجد غيره فاستدام إلى أن وصل إلى ثوب فلا بأس، أو إلى صاحبه فكذلك؛ لأنَّ نزع الثوب في الطريق غير معتاد.

ولو ترك عليها نعلها المعقود عليها من عنده؛ فإن كان يخاف من نزع النعل حدوث عيب، أو تعذر عليها المشي بدون النعل فلا بأس، وإلا، وجب النزع.

(**نعم**) أي: الأمر كما ذكر لكن (**يعذر**) المشتري (**في ركوب الجَموح**) أي: المتمنع على الإنسان (**إذا عسر**) أو تعذر (**السَوق**) بأن يزعجها من خلفها ليذهب فتمتنع (**والقود**) بأن يأخذ لجامها أوعذارها فيجرُّها فلا تطيعه؛ لأنَّ الركوب -والحالة هذه- مما يضطر إليه للوصول إلى حقه فهو كأكل الميتة عند الاضطرار.

لكن لو كانت ذلولة تطيعه سوقا وقوداً فركبها سقط حقه، كما لو لم يكن لابس الثوب فلبسه بعدما علم عيبه.

وقيل: لا يبطل؛ لأنَّ الركوب أسرع للرد، بخلاف لبس الثوب.

(**وإذا سقط حق الرد بالتقصير سقط طلب الأرش أيضاً**)؛ لأنَّ الإمساك مشعر برضائه بجميع ما التزم أولاً؛ لأنَّ الشرع قد خيَّره بين الإمساك على ما كان، والرد فاختار الإمساك.

(**والعيب الحادث**) عند المشتري بآفة سماوية أو جناية جانٍ، أو كان محترفاً فنسي الحرفة، أونسي القرآن، أو اعتادت الدابة البروك عند الركوب أو الحمل، أو تخشنت في إدخال اللجام في فمها ولم يكن ذلك دأبَها (**يمنع**) ذلك العيب الحادث (**الرد القهري بالعيب القديم**)؛ لأنَّه يتضمن ضرر البائع فهو كالفرار من العقرب إلى الحيّات.

ثم استشعر وهمٌ بأنه هل يجوز أن يرضى به البائع؟، واذا رضي هل له طلب الأرش؟، وهل يجوز على المشتري الرد بلا طلب الأرش أم له الإمساك وطلب الأرش؟ فاستدرك ذلك بقوله: (**لكن البائع إن رضي به معيباً فالمشتري يردُّه**) [بلا أرش عن العيب الحادث] (**أو يقنعُ به**) بلا طلب أرش؛ لتعارض العيبين، ولا فرق عند الرضاء بين أن يكون أحد الأرشين أكثر من الأُخرى أو تساويا.

(وإن لم يرض به) البائع معيباً **(فإما أن يضم المشتري أرش العيب الحادث)** عنده **(الى المبيع)** فيجبر به نقصه **(ليرده)** إلى البائع **(أو يغرم البائع للمشتري أرش العيب القديم ليمسكه)** المشتري، ففي كل من الأمرين رعايةٌ للجانبين ودفعٌ للظلامة عنهما **(فإن [اتفقا] على أحد الطريقين فذاك)** أي: فذاك حسن، أو: فذاك ظاهر.

(وإن تنازعا) [أي: البائع والمشتري]: بأن يقول أحدهما بالرد مع الأرش الحادث، والآخر بالإمساك وغرامة الأرش القديم **(فالأصح)** من ثلاثة أوجه: **(أن المتَّبَعَ)** أي: الأمر الذي يجوز أن يتَّبع **(رأيُ من يدعو إلى الإمساك و)** يدعو الى **(الرجوع بأرش العيب القديم)** أيهما كان من المتبايعين؛ لإفضائه إلى تقرير العقد، ولأن الرجوع بارش العيب القديم مستندٌ إلى أصل العقد؛ لأنَّ مقتضى العقد أن لا يستقر كمال الثمن إلا في مقابلة التسليم، وضمُّ الأرش الحادث إدخالُ شيء جديد لم يكن في العقد فكان الأوّل أولى.

والثاني: المتبع رأي المشتري، سواء كان داعياً إلى الإمساك أم لا؛ لتلبيس البائع عليه.

والثالث: المتبع رأي البائع سواء كان داعياً إلى الإمساك أم لا؛ لأنه إما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه، بخلاف المشتري.

(ولا بُدَ) أي: لا افتراق **(من أن يُعلِم)** بضم الياء **(المشتري البائعَ بالعيب الحادث)** عنده، الباء زائد لتقوية العمل **(ليختار)** ما مرَّ من أخذ المبيع معيباً أو تركه وإعطائه الأرش **(ويكون هذا الإعلام على الفور)** أي: عند الاطلاع على القديم، فلا يجوز تأخير الإعلام بلا عذر، فلو أخر سقط حقه من الرد وليس له طلب الأرش أيضاً؛ لأنَّ تأخير الإعلام مشعر بالرضاء به، إلا إذا كان الحادث مما يرجو زواله قريباً فأخر ليزول ويرد المبيع سليماً، فيعذر في ذلك على الأصح.

ولو زال الحادث بعد ما أخذ المشتري أرش العيب القديم فلا فسخ.

وكذا لو قضى به قاض وإن لم يأخذ الأرش على الصحيح.

ولو لم يقض به قاض لكن تراضيا ففيه وجهان، الأصح: جواز الفسخ.

ولـو لم يعلـم العيـب القديـم إلا بعـد زوال الحـادث، فالـذي رجحـه الأكثـرون جـواز الـرد[١]، ولـو زال القديـم ولم يأخـذ الأرش بعـد، لم يأخـذه، ولـو أخـذه رده جزمـاً.

***

العيب الحادث الذي لا يعرف القديم إلا به

(والعيـب الحـادث الـذي لا يعـرف) العيـب **(القديـم إلا بـه ككسـر البيـض)** أي: بيـض الطيـور الكبـار التـي تكـون بالهنـد فـإن في ولايـة بنكالـة طيـوراً تأخـذ الأغنـام وصغـار البقـر وتذهـب بهـا إلى عشـها، وبيضهـا يكـون كقُلـة كبـيرة.

وقيل: بيض النعامة؛ فإنّه ينتفع بقشره بجعل الاسفيداج[٢] وغيره فيه.

وأمـا تعليقـه في المسـاجد وغيرهـا فليـس بنفـع شرعـي، بـل هـو مكـروه في المسـاجد عـلى الأقيـس.

(و) كسر **(الرانِـج)** بكسـر النـون: وهـو نـوع مـن الجـوز يكـون بأوآخـر زابـل وملتـان[٣] الهنـد، يتخـذ قـشره سُـكُرُّجَة[٤] يـشرب منهـا المـاء ويجعـل فيهـا المعاجـين.

(وتقويـر البطيـخ المُدوِد) القـور: [بـر كنـده بـدور][٥]، المـدوِّد بكسـر الـواو: كثـير الـدود، هـي مـن مولـدات [الصيـغ] **(لا يمنـع الـرد)** القهـريَّ **(وإذا ردَّ)** عـلى البائـع **(لم يغـرم الأرش)** عـن الحـادث **(عـلى الأظهـر)** مـن ثلاثـة أوجـه؛ لأنـه ممـا لا يتوصـل إليـه إلا بـما فعـل فيضطـر إليـه لتـمام الانتفـاع فيعـذر فيـه.

والثـاني: يجـوز لـه الـرد لكـن مـع غرامـة الأرش عـما أحـدث؛ رعايةً لحـق كل مـن المتبايعين،

---

(١) ينظر: شرح المحلي وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٥٥).

(٢) هو رماد الرصاص. القاموس المحيط (٢٤٨) بالكردية: (سثياو).

(٣) ملتـان: هي آخر مـدن الهنـد مما يلي الصـين، مدينـة عظيمـة منيعـة حصينـة جليلـة عند أهـل الصين والهنـد، وهي بيت حجهـم ودار عبادتهم كمكـة للمسـلمين. آثـار البلاد وأخبـار العبـاد (ص: ١٢١)

(٤) السُكُرُّجَة: إناء صغير يُؤكل فيه الشيء القليل من الأُدم، وهي فارسية. النهاية (٢/ ٣٨٤) ولسـان العـرب (٢/ ٢٩٩) مـادة: (سـكرج).

(٥) مقطع فارسي بمعنى: المقلوع مدوراً.

والأرش ما بين قيمته صحيحاً معيباً ومكسوراً ومقوراً معيباً، ولا نظر إلى الثمن على النص.

والثالث: لا يجوز له الرد أصلاً كما في سائر العيوب الحادثة، فيرجع المشتري على البائع بالأرش القديم أو يغرم له الأرش الحادث على تفصيل ما مرَّ.

ولو وجد البيض بعد الكسر فاسداً لصيرورته دماً أوغيره، أو وجد البطيخ عفيناً أومدود الجميع بحيث لا يبقى فيه نفع فالبيع باطل رأساً؛ لبيان كون المبيع غير متقوم، فيلزم على البائع رد جميع الثمن وتنظيف ماتلوث منه، صرح به غير واحد.

(وإن أمكن معرفة العيب القديم بأقل مما أحدثه) المشتري **(كان)** ذلك الكسر والتقوير **(كسائر العيوب الحادثة)** فيمنع الرد القهري جزماً، وهو طريقة المراوزة، وقيل: فيه [قولان]وهو طريقة العراقيين[1] **(وذلك)** الذي يعرف القديم بأقل منه **(كتقوير البطيخ الحامض)** وشق الرمان المشروط حلاوته **(وقد أمكن الوقوف على حاله بغرز شيء فيه)** أو بأقل مما قوره.ثم إذا لم نحكم بالرد فله طلب الأرش القديم من البائع قطعاً.

قال المصنف في الكبير: وترضيض[2] بيض النعامة والرانج من هذا القسم، وتثقيبها من القسم الاول[3].

اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد عيباً

(ومن اشترى عبدين) من رجل **(في صفقة واحدة فخرجا معيبين فله ردُّهما)**؛ حذراً من تفريق الصفقة بلا ضرورة، وفي جواز تخصيص أحدهما بالرد خلافٌ، كالخلاف الآتي **(وكذا)** له ردهما **(لو خرج أحدهما معيباً)** دون الآخر **(وليس له رد المعيب وحده في ما رجح من القولين)**؛ لما ذكرنا.

---

(١) ينظر: الشرح الكبير (٤/ ٢٦١)، وروضة الطالبين (٣/ ١٥٧).

(٢) والترضيض: أن يدق الشيء دقاً بحيث لا يلتئم، ورضاض كل شيء دقاقه. ينظر الزاهر (٢٤١).

(٣) لكن لم يقل الإمام الرافعي بتثقيب بيض النعام. ينظر: العزيز (٤/ ٢٦١).

والثاني: له رد المعيب وحده واسترداد قسطه من الثمن على تقدير كونه سليماً، فإن تساويا فالنصف، وإن تفاوتا [فبما] يخص من الزيادة أو النقصان.

ولو تلف السليم أو بِيع قبل ظهور العيب بالآخر فرَدُّهُ أولى بالجواز؛ لتعذر ردهما فينعكس القولان ترجيحاً.

والخلاف في ما يعتاد بيع أحدهما بدون الآخر: كالأثواب والعبيد والأفراس، وأما ما لا يعتاد بيع أحدهما وحده: كالخفين والمكعبين والنعلين فلا يرد المعيب منهما وحده جزماً، وحكي عن البحر فيها وجه ضعيف.

الحكم فيمن اشترى عبداً من رجلين فخرج معيباً

(**ولو اشترى عبداً من رجلين وخرج معيباً فله تخصيص أحدهما**) أي: الرجلين (**برد نصيبه**)؛ إذ لا يترتب عليه ضرر من التشقيص على المردود عليه زيادةً على ما كان؛ لتعدد الصفقة بتعدد البائع، ويسترد الثمن الموزع على النصيبين بحسب ما يخصه من النصف والربع وغيرهما.

(**وكذا لو اشترى اثنان**) عبداً (**من واحد فلأحدهما**) أي: لأحد المشترِيَين (**الانفراد بالرد**) أي: برد نصيبه إلى البائع (**في أصحّ القولين**)[1]؛ إذ لا تشقيص في ما يخص به، والخلاف مبنيٌّ على الخلاف في تعدد الصفقة بتعدد المشتري فالأصح على أصحه، والثاني على ثانيه، وقد تقدم بما فيه.

***

اختلاف المتبايعين في قدم العيب وحدوثه

(**ولو اختلف المتبايعان في قدم العيب**) وحدوثه: بأن وجد في المبيع عيب يمكن حدوثه فادعى المشتري قدمه وأنكر البائع (**فالمصدق البائع**) بيمينه؛ لِما في تصديقه من موافقة الأصل وهو استمرار العقد.

---

(١) ينظر: الأم (٣/ ٤١٨).

وإنما قيدنا بإمكان الحدوث؛ لأنه لو كان مما لا يمكن حدوثه: كالأصبع الزائد والسن الشاغية[١]، والحوَل الفاحش، والتواء الأصابع، فيصدق المشتري بلا يمين.

وإن كان مما لا يمكن تقدمه على العقد: كالجراحة الطرية وقد جرى العقد والقبض [منذُ] زمان لا يتصور بقاء الجراحة فيه طرية كشهر أو أكثر فالمصدق البائع بلا يمين.

(**وينظر في جوابه**) أي: في ما يقول البائع في جواب المشتري [عند الإنكار، فيجوز أن يكون من إضافة المصدر إلى الفاعل، أي: جواب البائع المشتري، أو إلى المفعول، أي: في جواب المشتري] الذي يجيب به البائع (**إن قال: بعته وما به [العيب] أو: اقبضته وما به [العيب]، أو اقتصر على أنه**) أي: المشتري (**لا يستحق الرد**) أو لا يلزمني قبوله (**ويحلف بحسب الجواب**) أي: بمثله وموافقته - ومنه حَسَب الرجل، أي: ما يماثله ويوافقه من المآثر - ؛ ليوافق بيمينه جوابه، ولا يلزمه التعرض لعدم العيب عند القبض؛ لجواز أن المشتري عالماً بالعيب ورضي به ثم ندم، ولو نطق بذلك وقال للمشتري: علمتَ العيب وقت القبض ورضيتَ به وأنكر المشتري فحينئذٍ يصدق المشتري، وعلى البائع البينة على ما ادعاه.

"وفي ما اذا قال[٢]: ما أقبضته وبه هذا العيب، أو: ما أقبضته إلا سليماً من العيب" وجهٌ: أنه يجوز الاقتصار على أن لا يستحق الرد به، أو: لا يلزمني قبوله"، ذكره جلال الدين المحلي[٣].

ولا يجوز أن يقتصر في الجواب على أنه لم يعرف العيب عنده؛ لجواز أن يكون العيب موجوداً عنده ولم يعرفه.

ويجوز أن يحلف البتّ بناءً على ظاهر السلامة بغلبة الظن إذا لم يظن خلافه، ولا بأس بالشك.

***

---

(١) أي: الزائدةُ على الأسنان، وهي التي تُخالف نبتتها نبتة غيرها من الأسنان. ينظر: غريب الحديث لابن سلام (٤/ ٣٤٧)، والصحاح (٦/ ٢٣٩٣) مادة: (شغا)، والفائق في غريب الحديث (٢/ ٢٥٤).

(٢) أي: البائع.

(٣) ينظر: كنز الراغبين (٢/ ٣٢٩).

حكم زوائد المبيع عند الرد بالعيب

(والزوائـد) وفي بعـض النسـخ: والزائـدة **(المتصلـة)** بالمبيـع **(كالسـمن وكـبر الشـجرة)** وتعلـم الحرفـة، وتعلـم القـرآن، وتقويـة البـدن، وزيـادة القِـوى الظاهـرة والباطنـة **(تتبـع الأصـل)** المـردود **(في الـرد)** ولا شيء للمشـتري عـلى البائـع بسـببها؛ لأنـه مختـار في الـرد ويمكنـه الإمسـاك والقنـع بهـا.

(و) الزوائـد **(المنفصلـة: كالأُجـرة والولـد والثمـرة)** والبيـض والحطـب والصيـد **(لا تمنـع الـرد)** بالعيـب إذا لم ينقـص المبيـع بسـببها؛ لعـدم وجـود المانـع، وهوالعيـب الحـادث **(وتسـلم)** أي: تلـك الزوائـد **(للمشـتري)**؛ لأنهـا حصلـت في ملكـه ولم تكـن متصلـة لتتبـع أصلهـا **(سـواء حدثـت قبـل القبـض أو بعـده مهـما كان**[1]**، الـرد بعـد القبـض)**؛ لانتهـاء الملك إليـه بالقبـض، وذلـك بالاتفـاق.

(وكـذا لـو كان) الـرد **(قبلـه عـلى أصحّ الوجهـين)**؛ **لأنَّ** الفسـخ لا ينعطـف عـلى مـا مـضى فـلا يرفـع العقـد مـن أصلـه بـل إنـما يرفعـه مـن حينـه، فيبقـى مـا قبـل الفسـخ عـلى ملـك المشـتري.

والثاني: تتبع الأصل كالمتصلة؛ بناءً على أن الفسخ يرفع العقد من أصله.

وهـو خـلاف القيـاس: وهـو أن العقـد لا ينعطـف عـلى مـا مـضى، فكذلـك الفسـخ؛ حمـلاً للنقيـض عـلى النقيـض.

(ولـو كان الولـد) المنفصـل عنـد الـرد **(مجتنـاً)** أي: جنينـاً مخفيـاً **(عنـد البيـع ثـم انفصـل)** قبـل الـرد **(فأصـح القولـين**[2] **أنـه يُـرَد مـع الأصـل)**؛ لأنّـه علـق في ملـك البائـع فكأنّـه لم ينفصـل، وذلـك مبنـيٌّ عـلى أن الحمـل يعلـم بالأمـارات والمخايـل، وأمـا قولـه تعـالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا فِي ٱلْأَرْحَامِ﴾ (لقمان: ٣٤) فالمـراد: علـم الذكـورة والأنوثـة والكـمال والنقصـان وغيرهـا، لا وجودهـا مطلقـاً.

---

(١) في المتن المطبوع «مهما كانت والرد بعد القبض».

(٢) ينظر: العزيز (٤/ ٢٧٩)، وروضة الطالبين (٣/ ١٦٢).

والثاني: لا يُرَد؛ بناءً على أن الحمل لا يعلم وإنما علم حين الفصل في ملك المشتري فهو كسائر الزوائد المنفصلة.

والجواب ما مرَّ.

ولو لم ينفصل حين الرد فهو من الزوائد المتصلة يتبع الأصل سواء كان مجتناً عند البيع أو علق بعده.

ولو لم يكن مجتنّاً[1] عند البيع بل علق بعده وانفصل عند الرد فهو من الزوائد المنفصلة التي تبقى للمشتري.

حكم الاستخدام ووطء الثيب

(والاستخدام) أي: استخدام الرقيق، عبداً أو أمةً بما لا ينقص العين أو القيمة **(ووطء الثيب)** الواقعان من المشتري قبل القبض أوبعده **(لا يمنعان الرد)** القهري **(بالعيب القديم)**؛ إذ لا يتفاوت بهما القيمة.

وإنما قلنا: الواقعان من المشتري؛ لأنه لو كان الوطء من غيره بغير شبهة فهو زنا، يمنع الرد القهري؛ لأنه عيب حادث وإن كان من البائع.

ولا[مهر] في وطء المشتري، وأما وطء غيره فيجب في ما هو بشبهة، وفي ما هو بالزنا إذا كانت مكرهة.

حكم اقتضاض البكر

(واقتضاض البكر) من القض بالقاف، وهو النقض والإزالة **(بعد القبض نقصٌ حادث)** يمنع الرد القهري، سواء كان من المشتري أو غيره **(وقبله)** أي: قبل القبض **(جناية)** أي: جراحة مؤثرة، سُمي الجراحات والقتل الواقعة بغير حق جنايات؛ لإفضائها إلى اجتناء المال أي: أخذه قهراً ومنه اجتناء الثمار **(على المبيع قبل القبض،**

---

(١) أي: مستقراً في الرحم، قال الزبيدي في تاج العروس (٣٤/ ٣٨١): وأَجَنَّ الشيءَ فِي صدرِه: أَكمَنَه؛ كَمَا فِي الصِّحاحِ، واجتَنَّ الجَنِينُ فِي البَطنِ مِثل جَنَّ.

وسنبين حكمها) فيما إذا تَعَيَّبَ المبيع قبل القبض.

وحاصله: أن الاقتضاض إن كان من المشتري فلا ردَّ له بالعيب القديم، أومن غير المشتري وأجاز المشتري البيع فله الرد بالعيب القديم الذي اطلع عليه؛ لأنَّ إجازته البيع بعد جناية الأجنبي إنما هي لما ثبت له من فسخ البيع بما حدث من بعد العقد وقبل القبض فلا يمنع ما [ثبت] له من الرد بعيب اطلع عليه بعد ذلك.

ولا شيء للمشتري في اقتضاض البائع قبل القبض لو أجازه، وفي اقتضاض الأجنبي بآلة الجماع مهر مثلها بكراً، وبغيرها ما نقص من قيمتها؛ لأن [الاقتضاض مما ليس له أرش مقدر في الحرة فإن] ردَّها المشتري بالعيب القديم فللبائع من مهر مثلها قدرُ أرش البكارة والزائد للمشتري؛ لأنَّ الزائد من الزوائد المنفصلة.

وإن ماتت بعد اقتضاض المشتري وقبل القبض فعليه للبائع ما استقر من اقتضاضه إياها وهو قدر ما نقص من قيمتها لا مهر مثلها؛ إذ لا مهر على المشتري في وطئها.

***

التصرية

(فصل: إذا صُريت البهيمة) هي مصراة، أي: مجتمعة اللبن، من صرى الماء في الغدير إذا اجتمع[1]، وهي فعلٌ حرام منهي عنه، مشتمل على التلبيس والإخداع **(بأن يُشد)** أي: يربط **(أخلافها)** جمع خِلفة بالكسر وسكون اللام: وهي حلمة ثدي البهائم[2] **(ويُترك إحلابها وباعها)** وفي بعض النسخ: "ويُباع" وهو الأصوب؛ ليوافق يُشد ويُترك فإنهما ضُبطا عن المصنف على بناء المفعول **(فتخيل المشتري)** أي: تصور في خياله **(غزارة لبنها)** - بتقديم المعجمة على المهملة، أي: كثرته، من غزر فَورانُ العين أي: كثُرَ وتوالى- **(فقد فُعِل)** على بناء المفعول **(فعلاً محرماً)** جزاءٌ لقوله: "إذا صريت".

---

(١) ينظر: غريب الحديث لابن سلام (٢/ ٢٤١)، والزاهر (١/ ٢٠٧)، وغريب الحديث لابن الجوزي (١/ ٥٨٨)، والنهاية (٣/ ٢٧) مادة: (صرا).

(٢) ينظر: لسان العرب (٩/ ٨٢) مادة: (خلف)، وحاشية البجيرمي (٢/ ٢٤٥).

والأصل في التحريم ما في الصحيحين: من نهيه ﷺ عن التصرية [١]، والمعنى فيه ما مرَّ من التلبيس والإخداع.

***

خيار التصرية

(ويُثبِت) ذلك الفعل الحرام (الخيار للمشتري)؛ لقوله ﷺ بعد النهي عن تصرية الإبل والغنم: «**فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها**»...الحديث [٢].

ثم لفظ الكتاب يشعر بمنع الخيار إذا لم تكن التصرية عن قصد البائع: بأن تُرِك الحلب ناسياً أو لشغل أو امتنعت من الحلب بنفسه، وهو ما رجحه الغزالي في الوسيط وقطع به في الوجيز [٣] واختاره الجاجرمي [٤] وذكره صاحب الحاوي، لكن الذي ذكره البغوي في التهذيب وتعليقه: ثبوت الخيار؛ إذ قلما تكون البهيمة كذلك ولم يعلم صاحبها، فهو ملبس في ترك الإعلام [٥].

وذكر المصنف في الشرحين هذا الخلاف - أي: خلاف البغوي والغزالي - ولم يرجح شيئاً [٦].

---

(١) حديث الصحابي أبي هريرة ﷺ: أخرجه البخاري، رقم (٢١٤٨)، و، رقم (٢٧٢٧)، ومسلم، رقم (١١ - ١٥١٥).

(٢) تتمة الحديث: «... **وَلاَ تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالغَنَمَ فَمَنِ ابتَاعَهَا بَعدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيرِ النَّظَرَينِ بَعدَ أَن يَحلُبَهَا فَإِن رَضِيَهَا أَمسَكَهَا وَإِن سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِن تَمرٍ**». حديث الصحابي أبي هريرة: أخرجه البخاري، رقم (٢١٤٨)، ومسلم، رقم (١١- (١٥١٥). واللفظ له.

(٣) ينظر: الوسيط (٢/ ١١٢)، والوجيز (١/ ١٤٣).

(٤) هوأبو حامد محمد بن إبراهيم بن أبي الفضل السهلي معين الدين الجاجرمي، فقيه شافعي،ومفتي نيسابور، وله طريقة مشهورة في الخلاف، من أهل "جاجرم" بلدة بين نيسابور وجرجان. من شيوخه: عبد المنعم بن عبد الله الفراوي، ومن تلاميذه: محمد بن عبد الله بن محمد بن أبي الفضل السلمي المرسي، و الزكي البرزالي الحافظ، ومن مؤلفاته: بيان الاختلاف بين قولي الإمامين أبي حنيفة والشافعي،و أصول الفقه، والكفاية، والقواعد، وإيضاح الوجيز، وشرح أحاديث المهذب، توفي سنة: (٦١٣هـ) بنيسابور. ينظر: وفيات الأعيان (٤/ ٢٥٦)، رقم (٦٠٢)، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢/ ٦٢)، رقم (٣٦٢)، وشذرات الذهب (٥/ ٥٦).

(٥) ورجحه، ينظر الحاوي الصغير (١٥٩) ظ، مخطوط، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٤٧٤).

(٦) ينظر: العزيز (٤/ ٢٣٢).

وذكر صاحب الحاوي وشرح اللباب والطاووسي[١] في تعليق الحاوي: أن كلاً منهما رجحه المرجحون[٢]، فالخيرة إلى القاضي بأيهما حكم؟.

مدة خيار التصرية

(**وأصح الوجهين أن هذا الخيار**) أي: خيار التصرية (**لا يمتد إلى ثلاثة أيام، بل هو على الفور**) حين اطلع على التصرية؛ قياساً على خيار العيب[٣].

والثاني: يمتد إلى ثلاثة أيام؛ لما في صحيح مسلم: أنه ﷺ قال: «**من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردّها ردّ معها صاعاً من طعام لا سمراء**»[٤]، أي: لا حنطة.

وأجابوا عن الحديث: بأنه محمول على الغالب؛ فإن التصرية لا تتحقق إلا في ثلاثة أيام؛ لأنَّ كثرة اللبن في الأوّل يحتمل التصرية والأصل، ونقصان اللبن بعد الأوّل قد يحال على اختلاف المرعى والمورد أو اختلاف أيدي الحالب؛ فإن الأيادي تختلف في حلب اللبن على ما نُقِل عن أرباب الأموال، وإذا امتد النقص إلى ثلاثة أيام تحققت التصرية.

فإذا قلنا به فابتداء المدة من وقت العقد قطعاً.

ولا يخرَّج على الخلاف في خيار الشرط وإن حكى وجه ضعيف أنه من التفريق.

فلو اطلع على التصرية قبل انقضاء المدة لا ينقطع خياره إلى[الثلاثة]؛ لإطلاق الخبر.

---

(١) هو أبو الفضل، ركنُ الدين، العراقي بن محمد بن العراقي الهمذاني، الطاووسي، فقيه شافعي، ناظم، قيم بعلم الخلاف والجدل، صاحب الطريقة المشهورة في الجدل، كان رأساً في الخلاف والنظر، مفحماً للخصوم، تفقه بقزوين، ثم بهمدان ثم بخراسان وما وراء النهر، من شيوخه: رضي الدين النيسابوري الحنفي، وأبو القاسم عبد الله بن حيدر، وأبو سليمان الزبيري، ومن تلاميذه: القاضي نجم الدين ابن راجح، ومن مؤلفاته: ثلاث تعاليق: مختصرة في الخلاف، وثانية متوسطة، وثالثة مبسوطة، و (نظم الإشارات) لابن سينا، و (نظم السيرة) لابن هشام، ونظم المفصل للزمخشري، توفي سنة: (٦٠٠هـ). ينظر: وفيات الأعيان (٣/ ٢٥٨)، رقم (٤١٧)، والتدوين في أخبار قزوين (٣/ ٣٠٨)، وطبقات الشافعية للسبكي (٨/ ٣٤٦)، رقم (١٢٤١)، وهدية العارفين (٢/ ٢٣٥).

(٢) الأنوار لأعمال الأبرار (١/ ٤٤٢).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٤).

(٤) حديث الصحابي أبي هريرة •: أخرجه مسلم، رقم (٢٥ - (١٥٢٤).

ولو اطلع بعد [الثلاثة] فلا خيار على الثاني دون الأول.

ولو اشترى وعلم التصرية فله خيار الثلاثة على الثاني دون الأول.

ظهور التصرية قبل الحلب

(وإذا ظهرت التصرية قبل الحلب ردها) [أي]: المشتري **(ولا شيء عليه)**؛ لأنه لم يصدر عنه ما يضر البائع، فإلزام الشيء عليه إلزامٌ لا في مقابلة شيء، وقد قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾(النساء: ٢٩).

(وإن كان) الرد **(بعده)** أي: بعد الحلب **(وقد تلف اللبن)** المحلوب، أونجس **(ردَّ معها)** أي: المحلوبة المردودة **(صاعاً من تمر)**؛ امتثالاً للحديث.

***

ما يرده المشتري في مقابل اللبن إذا رد البهيمة المصراة

(وأصح الوجهين أنه يتعين التمر ولا يقوم مقامه سائر الأقوات) من الحنطة والشعير وغيرهما؛ لنهيه غير التمر ما هو أشرف الأقوات وهو قوله: «**ردَّ معها صاع تمر لا سمراءَ**» أي: لا حنطةً.

والثاني: أنه يكفي صاع قوت من غالب قوت البلد؛ لما في رواية الترمذي: «**أنه قال: رُد معها صاعاً من الطعام**»[1]، واختلاف الروايتين يوجب تعميم الأقوات.

وحكى المصنف في الشرحين وجهاً: أنه يجوز رد مثل اللبن، أوقيمته إذا فقد مثله كسائر المتلفات[2].

وعلى الأوّل لو تراضيا على غير التمر قوتاً أوغيره جاز مطلقاً.

وفي وجه: لا يجوز على الحنطة؛ لقوله : «لا سمراء».

---

(١) تمام الحديث: «من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها رد معها صاعا من طعام لا سمراء»، حديث أبي هريرة ﷺ: أخرجه مسلم، رقم (٢٥ - (١٥٢٤)، والترمذي، رقم (١٢٥٢)، وأبو داود، رقم (٣٤٤٤)

(٢) ينظر: العزيز (٤/ ٢٣٢)، وقال: حكاه الشيخ أبو محمد.

وعند فقدان التمر ترد قيمته، ثم هي قيمته في بلد التصرية أم ماذا؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنها قيمته بالمدينة بالغةً مابلغت، صرح المصنف ناقلاً عن الماوردي وسكت عليه[1].

وإنما قيدنا بقوله: وقد تلف اللبن "؛ لأنه اذا ردَّ قبل تلف اللبن لا يتعين رد الصاع معها، لإمكان أن يرضى البائع باللبن المحلوب فيأخذه فلا شيء له غيره.

وإن لم يتفق رد اللبن بأن لم يرضَ المشتري برد اللبن؛ لاختلاطه بما حدث عنده في ملكه قبل العلم بالتصرية، أو لم يرضى البائع بالأخذ؛ لذهاب طراوته أو حموضته أو انعقاده؛ تعين الصاع.

(و) **الأصحّ (أن قدر الصاع لا يتفاوت بكثرة اللبن وقلته)**؛ لإطلاقه الصاع مع علمه بتفاوت اللقحات في اللبن، والمعنى فيه: قطع المنازعة الناشئة عن تقابل العوضين تخميناً.

والثاني: يتفاوت قدر الصاع بتفاوت اللبن، يكثر في الكثير ويقل في القليل؛ لِما في رواية أبي داود هكذا: «**ردها ومثل لبنها قمحاً**»[2].

ما يختص به خيار التصرية

(و) **الأصحّ (أن خيار التصرية لا يختص بالنعم)** الإبل والبقر والغنم **(بل يعم**

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٤١)، والشرح الكبير (٤/ ٢٣٠) والوجه الثاني: قيمته في أقرب بلاد التمر من المدينة.

(٢) تمام الحديث: «**مَنِ ابتَاعَ مُحَفَّلَةً فَهُوَ بِالخِيَارِ ثَلاَثَةَ أَيَّام فَإِن رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثلَ أو مِثلَى لَبَنِهَا قَمحًا**» حديث الصحابي عبدالله بن عمر ﷺ: أخرجه أبو داود، رقم (٣٤٤٦)، وابن ماجه، رقم (٢٢٤٠)، قال البيهقي: "تفرد به جميع بن عمير قال البخاري: فيه نظر وهذه الرواية غير قوية"، وَقال ابن قدامة: "هو مطروح الظاهر بالاتفاق؛ إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحاً ثم قد شك فيه الراوي وخالفته الأحاديث الصحاح فلا يعول عليه"، وقال ابن الملقن: "اسناده ليس بذاك؛ لأنَّ في إسناده جُمَيع بنِ عُمَيرِ التَّيمِيُّ فقد كذبه ابن نمير وابن حبان، وضعف إسناده ابن حجر. ينظر: التاريخ الكبير للبخاري (٢/ ٢٤٢)، رقم (٢٣٢٨)، وسنن= البيهقي الكبرى (٥/ ٣١٩)، ومعرفة السنن والآثار (٤/ ٣٥٥)، رقم (٣٤٧٥)، والمغني لابن قدامة (٤/ ١٠٥)، وتحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج (٢/ ٢٣١)، وفتح الباري (٤/ ٣٦٤)، وتقريب الأسانيد لزين الدين العراقي (٦/ ٨٥).

سائر الحيوانات) أي: جميعها **(المأكولة وغير المأكولة)** كالرمكة والأوعال[١] والغزلان المستأنسة **(بل)** يعم **(الجارية والأتان[٢] المصراتين)**؛ قياساً على ما ورد به النص؛ لاشتمالها على المعنى المراد منها وهو الانتفاع بألبانها أكلاً وتربيةً، أو تربيةً فقط.

والثاني: يختص بالنعم؛ لأنه الوارد في الخبر؛ إذ المراد في الخبر بالمحفلة حيث قال: «**من اشترى محفلةً...**» الحديث[٣]: النعم، وأما الجارية؛ فلأن لبنها لا يُقصَد في المعاملات إلا نادراً.

وأما الأتان؛ فلا مبالاة بلبنها، فضلاً من أن يُقصد في المعاملات.

ورُدَّ: بأن ما ذُكِر من إرادة الخبر خلافُ الظاهر؛ إذ الظاهر عموم المحفلة جميعَ الحيوانات، ولا نُسَلِم كون لبن الجارية والأتان غير مقصود؛ لأنَّ كثرة لبن الجارية مطلوبة في الحضانة، ولبن الأتان لتربية الجحش، ويتأثر قلة لبنها في قيمتها عند أرباب الأموال **(لكن لا يردُّ مع الأتان للبنها شيئاً)** إن قُرئ "لا يَرُدُّ" على بناء الفاعل،[والضمير للمشتري، و "شيءٌ" بالرفع إن قُرئ "لا يُرَدُّ" على بناء المفعول].

وإنما لا يرد للبن الأتان شيئاً؛ إما لكونها نجساً عند الجمهور، ولا قيمة للنجس، وقد يشربه جحشها وهو مردود معها، أو لأنَّ اعتياض لبن الأتان غير معهود إن قلنا بطهارة لبنها على ما اختاره الإصطخري[٤]؛ لأنها طاهرة العين ما دامت حية فهي كسائر الحيوانات، ولذا قال: يجب رد الصاع للبنها، وعده المصنف وجهاً[٥].

(وكذا مع الجارية على الأظهر)؛ لأنَّ العادة لم تجرِ باعتياض لبن الآدميات[٦].

والثاني: يجب رد الصاع معها؛ لأنَّ لبنها طاهر متقوم، فهو كسائر الحيوانات الطاهرة.

---

(١) الأوعال جمع وَعِل: وهو المعز الجبلي، له قرنان قويان منحنيان كسيفين أحدبين، والأنثى تسمى أروية وهي شاة الوحش. ينظر: حياة الحيوان الكبرى (٢/ ٥٤٩)، والمعجم الوسيط (٢/ ١٠٤٤). بالكردية: (بزنة كَيَوي).

(٢) وهي أنثى الحمار. ينظر: لسان العرب (١٣/ ٦) مادة: (أتن)، والمصباح المنير (٨) مادة: (أتن).

(٣) الحديث بتمامه: «**من اشترى محفلة فردها فليرد معها صاعا من تمر ونهى النبي ﷺ أن تلقى البيوع**». وهو حديث الصحابي عبدالله بن مسعود ﷺ: أخرجه البخاري، رقم (٢١٤٩).

(٤) ينظر: المهذب (١/ ٢٨٣)، والبيان (٥/ ٢٥٥)، ومغني المحتاج (٢/ ٤٦١).

(٥) ينظر: العزيز (٤/ ٢٣٢).

(٦) ينظر للمسالة البيان (٥/ ٢٥٥).

وقال الجويني: محل الخلاف فيما إذا لم تكن للبنها بعد الانفصال قيمة.

[وأما] إذا كانت للتداوي وغيره فلا خلاف في وجوب رد الصاع.

***

ما يلحق بالتصرية في إثبات الخيار والتحريم

(**ويلحق بالتصرية في إثبات الخيار**) للمشتري (**حبسُ ماء القناة**) المحفورة لاستنباط المياه، بسد أفواهها، (و) حبس ماء (**الرَّحى**) باتخاذ غدير في أعلى الوادي لجمع الماء فيها (**وإرساله عند البيع**)؛ ليتخيل المشتري أن ماءهما كثير، فيرغب في شرائهما (**وتحمير وجه الجارية**) بما تُعدُّه النسوة لذلك؛ تخييلاً لجمالها (**وتسويد الشعر**)؛ ليظن المشتري أنها شابة، أو لم تكن شقراء (**وتجعيده**) بأن يلتويه على نحو خشبةٍ ساعةً ثم يرسله فيكون الشعر جعداً قططاً[1]، وذلك في الرجال يدل على قوة البدن وبطء عيِّه في الأمور الشاقة، وفي النساء على طيب طبعها وحرارة الموضع المخصوص وقلة الضرر في مواقعتها.

وإنما [لم] يضف الشعر إلى الجارية؛ إشارةً إلى أن تسويد الشعر وتجعيده يستويان في الذكر والأُنثى لثبوت الخيار، بخلاف تحمير الوجه؛ فإنّه لا يُثبِت الخيار إلا في النساء.

وأُلحِقَ بالتصرية أيضاً إرسالُ الزنبور والنحل في وجه[الجارية]، أو لطخ وجهها بالكشاصون، وهو نبتٌ في الحراة يقال له: لسان الثور، فإنّه يرفع لحم الوجنة ويحمِّرها، فهذه الأفعال محرمة كالتصرية، فإذا ظهر للمشتري خلافها ثبت له الخيار، ويجب على [وليّ] الأمر - وفّقه الله - أن يُعزِّر من يفعل ذلك؛ رعايةً لحقوق الناس.

(**وليس في معناها**) أي: معنى التصرية في ثبوت الخيار لا في تحريم الفعل؛ فإنّه حرام قطعاً (**تلطيخ ثوب العبد بالحبر**) أي: المداد؛ (**تخيلاً**) للمشتري (**لكتابته على الأظهر**) من الوجهين؛ لسهل الاطّلاع على حاله بالامتحان، ولأن التلطيخ بالمداد قد يكون بمجاورة الكاتبين وأرباب النقوش، فليس فيه كثيرُ غررٍ وتلبيس.

---

(١) فالقطط: الشَّديد الجعودة مثل أشعار الحَبَش، والسبط الَّذِي لَيسَ فِيهِ تكسر، والجعد: خلاف السبط. ينظر: جمهرة اللغة (١/ ٤٤٨)، وغريب الحديث للقاسم بن سلام (٣/ ٢٧)

والثاني: أنه في معناها؛ نظراً إلى مطلق التلبيس.

***

أسباب الفسخ

قال الأودني[1] في الزاد: التلبيس المطلق من أسباب الفسخ سواء سهل الاطّلاع على خلافه أم لا، فإنّه عدَّ الأسباب وقال: أسباب الفسخ للبيع كثيرة: خيار المجلس، وخيار الشرط، وخلف الشرط المقصود، والتلبيس [المطلق، سواء كان بالتصرية أوغيرها، وسواء سهل الاطلاع عليها أولا، والإقالة، والتحالف] وهلاك المبيع قبل القبض، وإفلاس المشتري، وتلقي الركبان، وغيبة مال المشتري إلى مسافة القصر[2]، ومحاباة[3] المريض بالزيادة على الثلث، وظهور العيب القديم، والاستحقاق. والله أعلم.

***

حكم المبيع قبل القبض وبعده

(فصل: المبيع قبل القبض من ضمان البائع)؛ لأنّ تصرفاته فيه نافذة وسلطته عليه باقية، فجعله في ضمان غيره مما لا يسوغ شرعاً وعقلاً (ومعناه) أي: كونه من ضمان

---

(١) الأُودني: هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن نصر الأودني الشافعي،كان إمام الشافعية في زمانه بما وراء النهر،من أزهد الفقهاء، وهو من أصحاب الوجوه، والأودني: نسبة إلى أودنة، وهي قرية من قرى بخارا. من شيوخه: يعقوب بن يوسف العاصمي، والهيثم بن كليب الشاشي، ومحمد بن صابر، وغيرهم، ومن تلاميذه: الحاكم،وأبو عبد الله الحليمي، وجعفر بن محمد المستغفري، وغيرهم، توفي سنة: (٣٨٥) ببخارا، ودفن بكلاباذ رحمه الله تعالى. ينظر: الأنساب للسمعاني (١/ ٢٢٦)، وسير أعلام النبلاء (١٦/ ٤٦٥-٤٦٦)، رقم (٣٤٠)، وطبقات الشافعية للسبكي (٣/ ١٨٢)، رقم (١٤٩).
وهنا أظهر المصنف اسم مؤلف زاد المسير هذا الكتاب الفقهي في المذهب الشافعي الذي بحثنا عنه فلم نجد عند غير الشارح ذكراً له.

(٢) وَتُقدَّر بِ (٨١) كيلو مِتر تقريبًا. الموسوعة الفقهية الكويتية (١٧/ ٢٩).

(٣) المُحاباة لغة: العطاء، واصطلاحاً: أن يوصي شخص مثلاً بأن تباع سيارته التي تساوي قيمتها ثلاثة آلاف بألف، والسيارة التي تعادل قيمتها ستة آلاف بألفين، علماً بأنه لا مال له سواهما، فهو يريد الوصية بفرق السعرين. ينظر: المغرب (١/ ١٧٩) مادة: (حبو)، ومختار الصحاح (١٢١)، ولسان العرب (١٤/ ١٦٠) مادة: (حبا)، والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٤/ ٣٢٦٥).

البائع (**أنه إذا تلف**) المبيع بآفة سماوية حساً، أو خرج عن محل القدرة، بأن وقع في البحر، أو في وهدة لا يمكن إخراجه، أو كان عصيراً فانقلب خمراً (**انفسخ البيع**) بنفسه وارتفع عن أصله (**وسقط الثمن**) عن المشتري ورجعت الزوائد إلى البائع؛ لأنَّ القبض من أحد البيع، فإذا تعذر بسبب تلف المبيع انفسخ البيع وارتفع عن أصله.

والمراد بالقبض: قبضه من جهة البيع حتى لو باعه شيئاً وأو دعه وقبضه المشتري على أنه وديعة، ولم يعلم أنه مبيع فتلف بلا تقصيره تلف من ضمان البائع، صرح به الروياني[1].

(**وأصح القولين**[2] **أنه لو أبرأه المشتري عن هذا الضمان لم يَبرَأ**)؛ لأنه إن أبرأهُ قبل التلف فإبراءٌ لما لم يكن، وهو محال، وإن أبرأه بعد التلف فالبيع قد انفسخ بنفس التلف فلا يلحقه الإبراء (**ولم يتغير الحكم**) المذكور، وهو انفساخ البيع، وسقوط الثمن عن المشتري[3]. وهذ القيد إطناب لا يفيد إلا التأكيد.



إتلاف المبيع قبل القبض

(**وإتلاف المشتري**) المبيع بالأكل أوالقتل، أو إلقائه إلى ما لا يمكن عوده (**قبضٌ منه، إن كان**) الإتلاف (**عن علم**) منه أنه مبيع؛ لأنه مسلط على قبضه شرعاً، وقد علمه فلا يكون متعدياً قصداً وواقعاً (**وإلا**) أي: وإن لم يكن إتلاف المشتري عن علمٍ [بأنه مبيع فيكون متعدياً قصداً لا واقعاً] (**فهو على الخلاف فيما اذا أكل المالك الطعام المغصوب**) منه (**ضيفاً**) أو سرقةً، أوغصباً بلا اضطرار أومع اضطرار.وقوله: "ضيفاً" تنظير لا تمثيل[4].

---

(١) بحر المذهب للروياني (٤/ ٣٧٢).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ١٧٠).

(٣) والقول الثاني: يبرأ؛ لوجود سبب الضمان، ويتغير الحكم المذكور للتلف فلا ينفسخ به البيع ولا يسقط الثمن. مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٢/ ٤٥٨)، نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج (٤/ ٨٠)، حاشيتا قليوبي و عميرة (٢/ ٢٦٢).

(٤) التمثيل: المقارنة بين شيئين متشابهين، والتنظير: المقارنة بين شيئين غير متشابهين، فهنا قارن المصنف بين الضيافة والبيع، وهما ليسا متشابهين، ففي البيع توجد المعاوضة، وفي الضيافة لا توجد تلك.

والأصح أنه يبرأ الغاصب من ضمان الغصب؛ لأنه وإن كان متعدياً قصداً أو مخطئاً لكنه مصيب واقعاً، فعلى هذا يكون إتلاف المشتري قبضاً منه، فيلزمه الثمن ويتعذر عليه الفسخ بنحو عيب.

والثاني: أن الغاصب لا يبرأُ عن ضمان الغصب؛ إذ في صورة الضيافة هو المعرِّض للتلف، وفي سائر الصور لم يكن من الغاصب قصد البراءة ولا من المالك قصد الإسقاط، فعلى هذا إتلاف المشتري كتلفه بنفسه أو كإتلاف البائع حتى يفسخ البيع ويسقط الثمن.

(**والأصح**) من الطريقين (**أن إتلاف البائع**) المبيع قبل القبض (**كتلفه بنفسه**) أي: بما لا ينسب إلى غيره، بل بآفة سماوية فلا يخرج على الخلاف بل يقطع بالفسخ؛ **لأنَّ** البائع باقي السلطنة عليه قبل القبض، فإتلافه رجوعٌ عن البيع.

والطريق الثاني: على الخلاف في ما إذا أتلف المشتري جاهلاً بالحال، فلو قلنا به وأخترنا عدم الفسخ فيكون المشتري بالخيار: فإن فسخ سقط الثمن، وإن أجاز غرم البائع بقيمة المبيع وأدى إليه الثمن، وقد يستوي القيمة والثمن فيقع التقاص.

(**وأنَّ**) أي: والأصحّ أنَّ (**إتلاف الأجنبي ليس كذلك**) أي: ليس كإتلاف البائع؛ لأنه لا تسلط عليه للأجنبي شرعاً، ولا دخل في ذلك للبائع (**لكن يتخير المشتري بين أن يُجيز**) البيع ويمضيه (**ويغرم الأجنبي**) بقيمة المبيع بالغةً ما بلغت، زادت على الثمن أو نقصت. (**وبين أن يفسخ**) البيع (**ويغرم البائع الأجنبي**).

والثاني: أنه كتلفه بنفسه؛ لأنَّ إتلافه وقع في ضمان البائع، والمشتري سليم البال عنه.

***

تعيب المبيع قبل القبض

(**والتعيّب**) أي: صيرورته معيباً (**قبل القبض**) بآفة سماوية: كسقوط يد، أو عمى عين، أو ظهور جدري مُشوَه[1]، ونحو ذلك (**يُثبِت الخيار**) للمشتري؛ لأنَّ سلامة المبيع

---

(١) الجدري: مرض جلدي معدٍ يتميز بطفح حليمي يتقيح ويعقبه قشر. المعجم الوسيط (١/ ١١٠). باللغة الكردية: (ناولّه).

مطلوب عرفاً؛ [إذ الأصل هو السلامة، والمطلوب عرفاً]كالمشروط نصاً (**كما تقدم**) في ذكر العيوب حيث قال: فلا فرق بين العيب السابق على البيع والحادث قبل القبض.

(**وإذا أجاز**) المشتري البيع وأمضاه ورضي به معيباً (**أجاز بجميع الثمن**) وليس له طلب الأرش من البائع؛ لأنه لم يلتزم [إلا بذل المبيع]، والمشتري قادر على رفع الغبن بالفسخ، فإجازته مشعر بالرضى بجميع ما التزم من غير أرش.

(**والتعيُّب بفعل المشتري لا يثبت الخيار**) له؛ لأنه كالقابض لبعض المبيع، وأنّ الإتلاف موجب للضمان حيث كان، فلو اتفق الفسخ بنحو إقالة أو إفلاس فيغرم أرش ما نقص للبائع.

(و) التعيُّب (**بفعل الأجنبي يُثبِت**) أي: يثبت الخيار للمشتري ولا ينفسخ البيع من أصله؛ لإمكان وصوله إلى حقه (**فإن أجاز المشتري البيع فله أن يغرم الجانيَ الأرش**) ويُجيز بجميع الثمن؛ لوصوله إلى حقه بجبر ما نقص.

والتغريم بعد القبض، ولا يجوز قبله؛ لإمكان التلف وانفساخ البيع، نقله المصنف عن الحاوي الكبير وأقره، وتبعه النووي في الروضة[1].

ثم لو كان المبيع رقيقاً فعيّبه الأجنبي بقطع طرف [أو فقء][2] عين فهل الواجب عليه نصف القيمة، أو ما نقص منها؟ فيه قولان، وقيل: وجهان:

أصحهما: نصف القيمة؛ لأنه أرش في ما هو أرشه مقدر في الحُر.

وقيل: ما نقص من القيمة؛ إلحاقاً له بسائر الأموال[3].

واذا لم يُجز المشتري البيعَ فغرامة الأجنبي للبائع، وهو واضح.

(و) **التعيُّب** (**بفعل البائع، الأصحُّ**) من الطريقين (**أنه**) أي: **التعيب بفعل البائع** (**يُثبِت الخيار**) للمشتري (**بلا تغريم**) أي: بلا تغريم المشتَري البائع؛ لأنَّ جناية البائع كآفة سماوية، فكما هناك الإجازة بجميع الثمن بلا طلب أرش فكذا هنا.

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٢٥)، والعزيز (٤/ ٢٩٢)، وروضة الطالبين (٣/ ١٧٤).

(٢) و (فقَأ) العينَ: عَارَها بأن شَقَّ حدقَتها. المغرب في ترتيب المعرب (٢/ ١٤٥).

(٣) ينظر: العزيز (٤/ ٢٩٢)، وروضة الطالبين (٣/ ١٧٤).

والطريق الثاني: أنه على الخلاف في[تعييب الأجنبي، حتى لو أجاز غرم البائع كما يغرم الأجنبي[(١)].

وقيل: الخلاف في التغريم دون الخيار، يعني جواز الخيار بالاتفاق، والخلاف في] التغريم، وبه يشعر كلامه في الشرح الكبير[(٢)].

***

حكم تصرفات المشتري في المبيع قبل القبض

(**ولا يصح**) للمشتري (**بيع المبيع قبل القبض، سواء العقار**) [كالأرض] والدار والأشجار (**أو المنقول**) كالعروض والنقود[(٣)]،وإطلاقه يشمل ما لو أذن البائع وأخذ الثمن، وهو كذلك؛ لإطلاق ما روى البيهقي عن رسول الله ﷺ: أنه قال لحكيم بن حِزام: «**لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه**»[(٤)].

وفي سنن أبي داود: «**أنه ﷺ نَهَى أَن تُبَاعَ السِّلَعُ حَيثُ تُبتَاعُ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِم**»[(٥)]. قال النووي: وفي صحيح البخاري ما هو بمعنى ذلك[(٦)].

---

(١) وبه قال الإمام الغزالي في الوجيز (٤/ ٢٩٢).

(٢) العزيز (٤/ ٢٩٢).

(٣) نقل ابن المنذر إجماع العلماء على عدم جواز بيع الطعام قبل القبض، ولكنهم اختلفوا في غير الطعام على أربعة مذاهب: أحدها: ما ذكره المصنف وهو مذهب الشافعية ومحمد بن الحسن.
والثاني: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكيل والموزون، وبه قال احمد.
والثالث: لا يجوز بيع المبيع قبل القبض إلا الدور والأراضي، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف.
والرابع: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه الا المأكول والمشروب، وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر.

(٤) **«قال: قلت: يارسول الله إني رجل أبتاع هذه البيوع وأبيعها فما يحل لي منها وما يحرم علي منها؟ قال: «لا تبيعن شيئا حتى تقبضه»**، أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٨/ ٣٨)، رقم (١٤٢١٤)، وأحمد في مسنده (٢٤/ ٣٢)، رقم (١٥٣١٦)، وابن حبان في صحيحه (١١/ ٣٥٨)، رقم (٤٩٨٣)، وقال: هذا الخبر مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس فيه ذكر عبد الله بن عصمة وهذا خبر غريب، و الطبراني في الكبير (٣/ ١٩٦)، رقم (٣١٠٨)، والدارقطني في سننه (٣/ ٨)، رقم (٢٥)و (٢٦)و (٢٧)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٥١١)، رقم (١٠٦٨٥)، وقال: هذا إسناد حسن متصل، وصححه ابن جزم وابن الملقن. ينظر: المحلى (٨/ ١٠٨و٥١٩)، والبدر المنير (٦/ ٤٤٩-٤٥١).

(٥) حديث الصحابي زيد بن ثابت ◦: أخرجه أبو داود، رقم (٣٤٩٩)، وصححه ابن حبان والحاكم. ينظر: صحيح ابن حبان (١١/ ٣٦٠)، والمستدرك (٢/ ٤٦)، رقم (٢٢٧١).

(٦) ينظر المجموع (٩/ ١٩٣)، ومن هذه الاحاديث: حديث عبدالله بن عمر ◦: أخرجه البخاري، رقم (٢١٣٣)

(والأصح) من الوجهين (أن بيعه) أي: بيع المبيع (من البائع كهو) أي:كبيعه (من غيره) في عدم الجواز؛ لإطلاق الأحاديث، وكونه غير داخل في ضمان المشتري فلا تسلط له عليه.

والثاني: يصح، كبيع المغصوب من الغاصب.

وأُجيب: بأن المغصوب لم يزل عن ملكه، والمبيع قبل القبض لم يدخل في ملكه.

قال المتولي: الخلاف فيما إذا باع بغير جنس الثمن أوبما زاد أو نقص، أو بما يتفاوت صفته، وإلا، فهو إقالة بلفظ البيع فيصح إجماعاً، نقله عنه رحمه الله تعالى وأقره[1].

(و) الأصحّ (أن الإجارة والهبة والرهن كالبيع) في عدم الجواز، والتسوية بين البائع وغيره، قياساً على البيع المنهي عنه بجامع ضعف الملك وعدم التسلط، وما لا يجوز فعله من المشتري لا يحصل به القبض لو صدر منه.

والثاني: تصح تلك التصرفات ويكون قابضاً بها، وجوابه واضح.

(وأن الإعتاق) بالنصب، أي: والأصحّ أن الإعتاق (ليس كالبيع) بل يصح؛ إذ الشرع يتسامح في الرقاب ما لا يتسامح في غيرها؛ لأنه تخليص نفس محترم عن الذل فيشوف إليه الشارع تشوفه [إلى] تخليص نفسٍ من المهلكات فلا يضر [ارتكاب] محذور: كفطر [الصائم] لتخليص نحو غريق.

والثاني: لا يصح؛ لأنه إزالة ملك كالبيع. وإذا قلنا بالأصح فيكون المشتري قابضاً بالإعتاق.

حكم تصرف البائع في الثمن قبل القبض

(والثمن المُعَين) الذي عُقِد عليه نقداً أو عرضاً أوعقاراً، وبه يحترز عما ثبت في الذمة؛

بلفظ: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه»، وحديث عبدالله بن عباس، رقم (٢١٣٥) بلفظ: «أما الذي نهى عنه النبيﷺفهو الطعام أن يباع حتى يقبض»، قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله. وغيرها من الأحاديث ولكن كلها في بيع الطعام قبل القبض.

(١) ينظر: العزيز (٤/ ٢٩٦).

فإنّ الأصحّ أنه يجوز بيعه بمن عليه ذلك كما يأتي **(كالمبيع لا يتصرف فيه البائع)** بالبيع وسائر التصرفات **(قبل القبض)**.

وإعتاقه كإعتاق المبيع.

وتعبيره بقوله: "لا يتصرف فيه" أولى من تعبير المنهاج بقوله: "فلايبيعه البائع"؛[1]؛ لعموم هذا دون ذاك.

ولو أبدله[2] المشتري بمثله أو بغير مثله برضاء البائع فهو كبيع المبيع [من البائع]، فبمثله إقالة فيه فجائز بالأتفاق، وبغير مثله باطل على الأصح.

***

حكم تصرفات المالك في ماله لدى الغير بالأمانة

(ويجوز للمالك أن يبيع ماله في يد الغير بالأمانة) قبل أن يأخذه **(كالوديعة ومال الشركة والمضاربة)** أي: القِراض **(عند المودَع)** نَشرٌ لما لف[3] بقوله: كالوديعة **(والشريك)** نشر لقوله: ومال الشركة **(والعامل)** [نشر] لقوله: والمضاربة؛ لتمام الملك فيها، وعدم المانع بناءً على أن عقد الشركة والمضاربة جائزان.

وأما اذا قلنا بلزومهما كما هو عند بعض فلا يجوز بدون إذن الشريك والعامل.

([وكالمرهون] عند المرتهن بعد الانفكاك) بإبراء أو أداء؛ إذ لا مانع حينئذٍ.

(والمال [المُوَرث]) أي: المال الذي ورثه قبل حصوله في يده، وهذا اذا كان وارثاً حائزاً، أو لم يكن لكن قُسِم المال بين الورثة وباع ما تعين لنصيبه، أما إذا لم يكن حائزاً ولم تقَسَم التركة فلا يجوز تصرفاته فيها وإن لم يتجاوز حصته، على الأصح.

---

(١) المنهاج (٤٩).

(٢) أي: الثمن المعين.

(٣) اللف والنشر من مصطلحات علم البديع: فاللف والنشر: هو ذكر متعدد مفصل أو مجمل، ثم ذكر ما لكل من آحاده بلا تعيين، اتكالاً على أن السامع يرد إلى كل ما يليق به لوضوح الحال. علوم البلاغة البيان، المعاني، البديع لأحمد بن مصطفى المراغي (المتوفى: ١٣٧١هـ): (٣٣٠)

ويُستثنى ما إذا اشترى مورثه مالاً ومات قبل قبضه فإنّه لا يجوز بيعه قبل القبض كما كان لم يجز لمورثه في حياته.

من المتن: (والباقي) وكالمال الباقي (في يد القيم) بأمر الصبي من وصي، أو منصوب من جهة القاضي، أو ولي كعم أو والي.

وهو مع قوله: "الموروث" من عطف العام على الخاص؛ إذ الباقي في يد القيم أعَمُّ من أن يكون [موروثاً] أوموصى به للصبي، أومنذوراً، أو حاصلاً من غلات العقار الموقوف عليه.

وفي بعض النسخ بلا واو، فيكون الباقي صفة للموروث.

(بعد بلوغه رشيداً) إما ظرف للباقي، أو لقوله: "أن يبيع" في قوله: "وللمالك أن يبيع"، وهذا أولى.

(وكذا العارية والمأخوذ سوماً)؛ لتمام الملك، والقدرة على التسليم منه.

***

بيع الدَّين لمن عليه الدين

(والدَّين على الغير) أي: ما يجب أداؤه لا في مجلس التواجب، فيشتمل الأعيان الموصوفة في الذمة وغيرها (إن ثبت) ذلك الدين (مثمناً) اسم مفعول من أثمن، أي: معطى ثمنه (وهو المسلم فيه) فإنّه مبيع موصوف في الذمة قد أدى ثمنه وهو رأس المال (لم يجز بيعه) قبل القبض من المسلم إليه أو غيره(ولا الاستبدال عنه) بأن كان ذهباً فيستبدل بالفضة، أو بقراً بالحمار، أو حنطة بالشعير مثلاً.

فقوله: "لم يجز بيعه"ناظرٌ إلى المسلِم، "ولا الاستبدال" ناظرٌ إلى المسلم اليه، وذلك؛ لعموم نهيهﷺ عن بيع مالم يُقبض، وخصوص قوله: «مَن أَسلَمَ فِي شَيءٍ فَلَا يَصرِفهُ فِي غَيرِهِ»[1].

---

(١) حديث أبي سعيد الخدري ﷺ: أخرجه أبو داود، رقم (٣٤٦٨) بلفظ: «من أَسلَفَ في شيءٍ فلا يَصرِفهُ إلى غَيرِه»، وابن ماجه، رقم (٢٢٨٣) بلفظ: «إذا أسلمت في شيء فلا تصرفه إلى غيره»، سنن الدارقطني (٣/ ٤٦٤)، رقم

(وإن ثبت) [أي]: الدين **(ثمناً)** وهو النقد إن قوبِل بعرض والعرض هو المثمن، وإن قوبِل النقد بالنقد أوالعرض بالعرض فالثمن مدخول الباء والمثمن ما خلا عن الباء؛ وذلك بأن باع شيئاً ولم يقبض ثمنه **(فالجديد)** الذي نص عليه في الأُم[1] **(أنه)** أي: الشأنَ **(يجوز الاستبدال عنه)**؛ لما روى أبو داود والترمذي والنسائي وابن حبان[2]: أن ابن عمر رضي الله عنه قال: «**كنتُ أبيع الإبل بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ مكانها الدنانير فأتيت النبيﷺ وسألته عن ذلك قال: لا بأس إذا فرقتما وليس بينكما شيء**»[3]، ولأن الثمن في الذمة ليس بها عقد [عليه] فلا بأس بتغيرها، بخلاف المسلم فيه.

والقديم الذي نص عليه في رواية أبي ثور المللي[4]: عدم الجواز؛ لعموم النهي المار[5].

والجديد يحمل النهي على غير الثمن من المبيع والمسلم فيه؛ جمعاً بين الروايات؛ [حذراً] عن تعارض الأحاديث.

(٢٩٧٧٩)، كلهم من طريق شجاع بن الوليد عن زِيَادِ بن خيثمة عن سعدٍ الطائِي عن عطِية بن سعد عن أَبِي سعيد الخُدرِي قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّه...،- وفيه عطية بن سعد العوفي- قال البيهقي: لا يحتج به،= وضعفه ابن حجر أيضاً، وأَعَلَّ هذا الحديث أبو حاتم ، والبيهقي وعبد الحق وابن القطان وابن الملقن بالضعف والاضطراب، وضعف اسناده المناوي أيضاً. ينظر: السنن الكبرى: (٦/ ٣٠)، والبدر المنير (٦/ ٥٦٤)، وتلخيص الحبير (٣/ ٦٩)، والتيسير بشرح الجامع الصغير (٢/ ٧٧٠).

(١) الأم (٣/ ٣٣٠).

(٢) هو أبو حاتم، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان البستي، حافظ،فقيه شافعي،مؤرخ، لغوي،واعظ، مشارك في الطب والنجوم، ولد في بست (من بلاد سجستان)، وتنقل في الاقطار فرحل إلى خراسان، والشام، ومصر، والعراق، والجزيرة، ولي القضاء بسمرقند ثم قضاء نسا. من شيوخه: أبو عبد الرحمن النسائي، وأبو يعلى الموصلي، وأبو بكر بن خزيمة، وغيرهم، ومن تلاميذه: الحاكم، ومحمد بن أحمد النوقاتي، وأبو عبد الله بن منده، وغيرهم، ومن تصانيفة: (الأنواع والتقاسيم) والمشهور بصحيح ابن حبان، و(الثقات)، و(معرفة المجروحين من المحدثين)، وغيرها، توفي سنة: (٣٥٤هـ). ينظر: الأنساب للسمعاني (١/ ٣٤٨-و٢/ ١٦٤)، وسير أعلام النبلاء (١٦/ ٩٢)، رقم (٧٠)، وطبقات الشافعية للسبكي (٣/ ١٣١)، رقم (١٢٥)، وهدية العارفين (٣/ ٤٨).

(٣) أخرجه أبو داود، رقم (٣٣٥٤)، والترمذي، رقم (١٢٤٢)، وقال: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، والنسائي، رقم (٤٥٨٢)، و (٧/ ٢٨٣)، رقم (٤٥٨٩)، وابن ماجه، رقم (٢٢٦٢)، وابن حبان في صحيحه (١١/ ٢٨٧)، رقم (٤٩٢٠)، وصححه الحاكم وقال: هوعلى شرط مسلم، ووافقه الذهبي بانه على شرط مسلم. ينظر: المستدرك على الصحيحين (٢/ ٥٠).

(٤) في نسخة: (المدني) وفي النسخ الأخرى المللي، وكذا في كتاب الطهارة، ولم أجد مصدرا يدلني على المراد بالمدني والمللي.

(٥) أي إذا ثبت الدين مثمناً، وينظر للمسألة: نهاية المطلب (٥/ ١٩٦).

(ثم) أي: بعد ما علمت من الجواز في الجديد **(إن استُبدِل عنه)** على بناء المفعول **(ما يوافقه في علة الربا)** موافقة نوعية لا جنسية؛ لئلا يشمل ما اذا كان أحد العوضين نقداً والآخر طعاماً، تأمل **(كاستبدال الدراهم عن الدنانير)** بأن كان الثمن دنانير فأعطى الدراهم مكانها **(فيشترط قبض البدل)** أي: الدراهم في مثال المتن **(في المجلس)** أي: مجلس الاستبدال؛ لأنَّ الاستبدال بيع الدين بمن عليه الدين فهو كسائر البيوع الربوية فيشترط القبض؛ حذراً عن ربا النَساء[1]، وقد صرح به الشارع حيث قال: **«لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء»**.

(وأصح الوجهين أنه لا يشترط التعيين) أي: تعيين البدل **(في العقد)** بأن يحضره ويشخصه عند العقد؛ قياساً على ما إذا باع نقداً بنقد أو طعاماً بطعام في الذمة ثم عيَّنا وشخَّصا وتقابَضا في المجلس.

والثاني: يشترط التعيين في العقد؛ حذراً عن الغرر، وفراراً عن بيع الكالِئ بالكالِئ، أي: النسيئة بالنسيئة، وعن كون العوضين ديناً.

وأُجيب: بأن وجوب القبض في المجلس قبل التفرق يخرجه عن ذلك كله.

(وإن استبدل ما لا يوفقه في علة الربا) بأن لم يكن ربوياً، أو كان لكن لا يوافقه، فيشمل الثياب والطعام، فلا يرد ما قيل: ينبغي أن يمثّل بالطعام والدراهم؛ لأنَّ الثياب ليس بربوي ليقال: أنه لا يوافقه في علة الربا، وذلك أن السالبة لا تقتضي وجود الموضوع[2].

ومَثَّل بما لم يكن ربوياً ليوافقه فقال: **(كاستبدال الثياب عن الدراهم، فأصح الوجهين أنه لا يشترط قبض البدل في المجلس)** كما لا يشترط قبض الثوب في المجلس في ما إذا باع ثوباً بدراهم في الذمة، وبه قال الإمام وصاحب التهذيب[3].

والثاني: يشترط؛ قياساً على قبض رأس المال في السلم؛ لئلا يكون بيع النسيئة

---

(١) هو وربا النسيئة واحد وقد سبق تعريفه من الشارح في مبحث الربا.

(٢) السالبة اصطلاح منطقي مرادف للجملة الخبرية المنفية، والموضوع المخبر عنه المسند إليه في الجملة، وقد أثبت في علم المنطق أن الخبرية المنفية لا يلزم لصدقها أن يكون المسند إليه فيها موجوداً في الخارج، بخلاف الخبرية الموجبة. ينظر: المواقف للإيجي (١/ ٢٣٨).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (٥/ ١٩٥).

بالنسيئة؛ فإن أحد العوضين فيه دين كما في السلم، ولا يشترط تعيينه في العقد.

(ولا بُد من تعيينه) [أي: تعيين البدل] في المجلس، وإنما سكت المصنف عنه؛ للعلم به بما ذكر من قبل.

وسكت عن ذكر المؤجل والحالّ، وحكمُه: أنه لا يجوز استبدال المؤجل عن الحالّ، ويجوز استبدال الحالّ عن المؤجل، وكأنَّ صاحب المؤجَّل عجَّل في الأداء.

(وإن ثبت) الدين (لا ثمناً ولامثمناً: كدين القرض و) دين (الإتلاف فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف) سواءً الربوي وغيره، والمثلي وغيره؛ لأنه لم يكن معقوداً عليه بحال فيخلَّ استبداله بعقد، بل هو مستقر في الذمة، فاستبداله استفراغٌ للذمة محضاً.

(وفي اعتبار القبض في المجلس ما سبق) في ما إذا كان الدين ثمناً: فإن كان البدل موافقاً في علة الربا اعتبر القبض في المجلس، وإلا ففيه الخلاف، والأصحّ عدم الاعتبار، وكذا لا يعتبر تعيين البدل في المجلس.

تم الكلام في بيع الدين [لمن] عليه الدين.

***

بيع الدين لغير مَن عليه الدين

(وبيع الدين من غير مَن عليه الدين) كما مثله المصنف (لا يجوز في أصحّ القولين)؛ لأنَّ القدرة على تسليم المبيع في حال العقد شرط، وهي منتفية هناك، وبه قال الإمام والغزالي واختاره المصنف في الشرحين[1].

والثاني: يجوز؛ لاستقراره في الذمة، وتمكن البائع من التسليم شرعاً.

وإن لم يحضر الثمن فهو كبيع الدين ممن عليه الدين فيكون استبدالاً، وبه قال الإصطخري، والنووي في الروضة على خلاف أصله ثم قال: ويشترط قبض العوضين

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٥/ ١٩٥)، والوجيز (١/ ١٤٦)، والشرح الكبير (٤/ ٣٠٤).

في المجلس [حتى تفرقا ولم يقبضا أو أحدهما بطل العقد. وهكذا قرر البغوي في من أجاز، وقال الإمام: فلو قلنا به فأ كثرون على أنه لا يشترط قبض العوضين في المجلس] [(١)].

(وصورته) أي: صورة بيع الدين من غير من عليه الدين (أن يكون له) أي: لزيد مثلاً (على إنسان) أي: عمرو مثلاً (مائة) من دراهم أودنانير (فيبيع غيرُه منه عبداً) أي: غيرُ هذا الإنسان وهو عمرو، ونسمي هذا الغير بكراً في مثالنا (بتلك المائة) التي كانت لزيد على عمرو، فقد اشترى ربُّ الدين وهو زيد عبدَ بكرٍ بمائةٍ كانت له على عمرو:

فمن أجاز شرَط أن يقبض زيدٌ عبدَ بكرٍ، ويقبض بكرٌ المائة التي كانت لزيد على عمرو قبل تفرق زيد وبكر عن مجلس العقد.

(ولو كان له) أي: لزيد مثلاً (دينٌ على إنسان) أي: عمرو (ولآخر) أي: لبكر مثلاً (دينٌ) على ذلك الإنسان الذي هو عمرو (فباع أحدهما) من زيد وبكر (دينه بدين الآخر) بأن قال زيد لبكر: بعتك ما لي على عمرو بما لك عليه (لم يصح، بلا خلاف) سواء كان الدينان ربويين أم لا، وسواء كانا متجانسين أومثليين، أومتقومين، أومختلفين؛ لما رواه الحاكم في المستدرك: «**أنه ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ**» [(٢)]

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ١٨٣)، ونهاية المطلب (٥/ ١٩٥)، والتهذيب (٣/ ٣٥٩).

(٢) حديث عبدالله بن عمر ﷺ: أخرجه الدار قطني في سننه (٣/ ٧١)، رقم (٢٦٩)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٦٥)، رقم (٢٣٤٢) عن طريق موسى بن عقبة عن نافع، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي، والبيهقي في الكبري (٥/ ٤٧٤)، رقم (١٠٥٣٦) و (١٠٥٣٧) و (١٠٥٣٨) و (١٠٥٣٩) و (١٠٥٤٠). عن طريق موسى عن نافع عنه، وقال في نهاية الحديث: موسى هذا هو ابن عبيدة الربذى، وقال: وشيخنا أبو عبد اللّه قال فِى رِوايتِهِ عن موسى بن عقبة وهو خطأ، والعجب من أَبِى الحسنِ الدارَ قُطنِى شيخ عصره روى هذا الحديث فِى كِتَابِ السُّنَنِ عن أَبِى الحَسَنِ على بن مُحمد المصرى هذا فقال عن موسى بن عقبة، وقال الإمام أحمد: ولا يحل الرواية عن موسى بن عبيدة ولا أعرف هذا الحديث عن غير موسى وليس في هذا حديث صحيح، وانما إجماع الناس على أنه لا يجوز دين بدين، ورجح ابن الملقن أيضاً بأنّه موسى بن عبيدة وليس موسى بن عقبة وضعفه، وضعف إسناده ابن حجر، وغلّط رواية الحاكم بأنّه موسى بن عقبة. ينظر: العلل المتناهية (٢/ ٦٠١)، والكامل (٦/ ٣٣٥)، والبدر المنير (٦/ ٥٦٨)، وبلوغ المرام ت فحل (٣٢٣)، رقم (٨٤٦)، والدراية (٢/ ١٥٦).

وفسره الحفاظ: ببيع الدين بالدين كما جاء في رواية البيهقي [صراحةً لفظ الدين[1]].

وقولُه: "بلا خلاف" زائدٌ على ما في الشرحين، وكأنه لم يلتفت] إلى وجه ضعيف حكاه صاحب الزاد عن ابن كج، أو لم يطلع عليه[2].

***

مايحصل به القبض

(**[والقبض في العقار]**) من عقرَ إذا ثبت واستقر، ومنه: عقر النوق، أي: جعلها ثابتة مستقرة بقطع [عراقيبها][3]، فيشمل الأراضي والأبنية والأشجار (**بالتخلية بينه**) [أي:] بين ذلك العقار (**وبين المشتري**) بأن يقول: خليتُ سبيلك اليه، وسلطتك عليه فافعل به ما شئت (**وتمكينِه من التصرف فيه**) بتسليم المفتاح ورفع الموانع، ويجوز أن يكون تفسيراً للتخلية (**ويشترط فراغه**) أي: فراغ العقار (**عن أمتعة البائع**)؛ اتّباعاً للعرف؛ إذ ليس فيه، أي: في قبض العقار منه ما يضبط شرعاً أولغةً، فلو كانت في الدار المبيعة أو السفينة المبيعة أمتعةُ البائع لم يحصل القبض حتى يستفرغ منها، ولو جمعها في موضع منها بقي غير مقبوض إلى الاستفراغ، وبعد التخلية لا يشترط دخول المشتري فيه، ولا حضوره عنده؛ لحصول القبض المعتبر فيه، وهو التخلية.

(**وإذا لم يكن المتبايعان حاضرَين عند المبيع**) أي: الذي هو عقار (**فيعتبر مُضِيُ زمانٍ يمكن فيه**) أي: في ذلك الزمان (**الوصول إليه**) أي: إلى المبيع الذي هو عقار (**في أصحّ الوجهين**)؛ تنزيلاً لإمكان الحضور منزلة الحضور، وهذا الوجه مبنيٌّ على أنه لا يشترط حضور المتبايعين عند المبيع في القبض، وهو المذهب.

ومنهم: من يشترط حضور المتبايعين عنده في القبض.

---

(١) عَنِ ابن عمَرَ • قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَن كَالِئٍ بِكَالِئٍ، الدَّينِ بِالدَّينِ»، أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/ ٤٧٤) رقم (١٠/ ٥٣٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٤٦١)، رقم (٢٢١٢٧)، وهو ضعيف أيضاً؛ لأنّ مداره على موسى بن عبيدة.

(٢) ينظر: العزيز (٤/ ٣٠٤).

(٣) والعُرقُوب: عَقَب موتَّر خلف الكَعبَينِ. تهذيب اللغة (٣/ ١٨٥).

ومنهم: من شرط حضور المشتري فقط ليتأتى إثبات يده عليه. ورُدَّ: بأن ذلك قد يؤدي إلى المشقة.

والثاني: لا يعتبر مضي ذلك القدر.

وفائدة الخلاف: أنه على الأوّل لا يخرج عن ضمان البائع حتى يمضي ذلك القدر.

وعلى الثاني يخرج عن ضمانه بمجرد التفريق. [هذا] حكم قبض العقار.

(و) القبض (في المنقول) وإن كان ثقيلاً جداً (**يشترط النقل**) أي: الحمل من موضعه (**والتحويل**) أي: الذهاب به إلى موضع آخر بعد الحمل. **وقيل:** هما مترادفان، وبه يشعر كلام الجلالي[1].

ولا يكفي فيه مضي زمان الإمكان، بل لا بُدَّ من المضيِّ بالفعل والنقل بعده.

(**فإن جرى البيع في موضع لا يختص بالبائع**) بل هما متساويان فيه كشارع أومسجد أو موات، أوكان يختص بالمشتري كداره المملوكة أو المستأجرة، أو في فضاء أحياها (**كفى النقل من حيِّز**) أي: مكان (**إلى حيِّز**).

المناسبة بين المكان والحيّز

وبين المكان والحيز في اصطلاح المتكلمين عموم وخصوص: كل مكان حيزٌ ولا عكس؛ إذ شرطوا في المكان كونه مشغولاً بالجسم التعليمي[2] بحيث لو لم يكن فيه لكان خالياً فاقتضى التجزيَ فرضاً وحساً، ولم يشترطوا ذلك في الحيِّز حتى قالوا:

---

(١) (وَقَبضُ المَنقُولِ تَحوِيلُهُ) رَوَى الشَّيخَانِ عَن ابن عُمَرَ: «أَنَّهُم كَانُوا يَبتَاعُونَ الطَّعَامَ جِزَافًا بِأَعلَى السُّوقِ فَنَهَاهُم رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَن يَبِيعُوهُ حَتَّى يُحَوِّلُوهُ»، صحيح البخاري، رقم (٢١٣٧) و (٦٨٥٢)، صحيح مسلم، رقم (٣٧- (١٥٢٧) و (٣٨- (١٥٢٧). دَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحصُلُ القَبضُ فِيهِ إلَّا بِتَحوِيلِهِ كَمَا هُوَ العَادَةُ فِيهِ. كنز الراغبين وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٦٨).

(٢) النظار يريدون بلفظ الجسم تارة المقدار، وقد يسمونه الجسم التعليمي، وتارة يريدون به الشيء المقدر وهو الجسمي الطبيعي، فالجسم التعليمي هو الذي يقبل الانقسام طولاً وعرضاً وعمقاً، ونهايته السطح، وهو نهاية الجسم الطبيعي. ينظر: كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في التفسير (١٢/ ٣١٦)، والتعريفات (١/ ١٠٤).

الجزء الذي لا يتجزأ[١]، والمجردات[٢] عند من أثبتها: متحيِّزات[٣] لا متمكنات[٤]، فكل متمكن متحيزٌ وليس كل متحيِّزٍ متمكناً.

(وإن جرى) البيع **(في دار البائع)** أي: في دار يختص بالبائع ملكاً أو استجارةً **(لم يكف ذلك)** النقل من حيز إلى حيز **(إن لم يأذن البائع)**؛ لأنَّ كِلا الموضعين له، فكأنه لم ينقل؛ لاتحاد حكم الموضعين.

ومعنى عدم الكفاية: أن للبائع بيعه وهبته والرجوع عن البيع بعد التفريق، لا أنه لا يدخل في ضمان المشتري، بل يدخل في ضمانه؛ لاستيلائه عليه.

(وإن أذن البائع) في النقل والوضع **(كفى)** ذلك النقل **(وكان)** البائع **(معيراً للبقعة المنقول اليها)** فاختلف الحيزان في الحكم، فحصل القبض، فلو رجع عن الإذن بعدما نقل ووضع لم يضرَّ في القبض.

ولو تلف الموضع المنقول إليه بغير ثقل المبيع ضمنه المشتري كما في سائر العوارى.

ولو أذن في النقل ولم يجر ذكر الوضع ووضعه المشتري، فالذي قال الإمام ورجحه: أنه يحصل القبض دون العارية؛ لأنَّ إذن النقل لا يقتضي العارية، وعلى هذا فلو سكت عليه وأباحه لا يقتضي الضمان، وإن نهاه فهو غصبٌ وإن قدر على دفعه ولم يدفع.

***

حكم قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع

(وللمشتري الاستقلال بقبض المبيع) أي: قبضه بلا إذن البائع **(إن كان الثمن مؤجلاً)**

---

(١) الجزء الذي لا يتجزأ: جوهر ذو وضع لا يقبل الانقسام أصلًا، لا بحسب الوهم أو الغرض العقلي، وتتألف الأجسام من أفراده بانضمام بعضها إلى بعض، كما هو مذهب المتكلمين. التعريفات (٧٥).

(٢) زعم الفلاسفة وجود موجودات قائمة بذاتها وسموها العقول والنفوس، وادعوا لها العلوم والإدراكات. ينظر: دستور العلماء (١/ ١٣٥).

(٣) الحيِّز: عند المتكلمين هو الفراغ المتوهم الذي يشغله شيء ممتد، كالجسم، أو غير ممتد، كالجوهر الفرد. وعند الحكماء: هو السطح الباطن من الحاوي المماس للسطح الظاهر من المحوى. التعريفات (٩٤).

(٤) أي: لا شاغلات للمكان الحقيقي، بل للفراغ المتوهم.

ولم يحل الأجل (**أو وفره**) أي: أعطاه بتمامه، وأصل الكلمة من الوفور: وهو الكثير الذي لا يمنع منه أحد لكثرته، فاستُعِير لذلك، وإنما جاز له ذلك؛ لأنَّ البائع لا يستحق حبسه، ولا يجوز له منع المشتري منه فإذنُه وعدمه سواء.

(**وإلا**) أي: وإن لم يكن الثمن مؤجلاً ولم يوفره بأن لم يسلم إليه شيء أوبقى عليه بعضه (**فلا يستقلُّ به**) أي: بالقبض، بل لا بُدَّ من الاستئذان والإذن؛ لأنَّ له استحقاق الحبس لتوفير الثمن، وعليه الرد إن استقل به، ويدخل في ضمانه؛ للاستيلاء.

ولو كان مؤجلاً وحل الأجل قبل القبض فهل يستقل بالقبض؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن له الاستقلال كما لو لم يكن حالًّا، وبه قال المصنف في الشرحين والنووي في الروضة.

والثاني: أنه لا يستقل به؛ لأنَّ البائع لم يرضَ بتأخير الأداء عن محل الحلول، فله حق الحبس بعده فلا بد من إذنه[1]، وبه قال القاضي أبو الطيب ناقلاً عن النص، وسيأتي ما يناسب هذا في آخر الفصل.

(**ولو بيع [شيء] واعتبر فيه**) أي: أشترط فيه (**تقدير**) أي: تحقيقٌ بالمقدار (**كبيع الثوب و**) بيع (**الأرض مذارعة**) بالذال المعجمة: مصدر ذارع إذا عُدَّ مقادير [الشيء] بالذراع.

الذرع: بالذال "پيمودن به ذراع"[2]، وبالزاء: الحراثة.

(**و**) بيع (**الحنطة مكايلة**) أي: مقدرة بالكيل (**أو موازنة**) أي: مقدرة بالوزن (**اعتبر**) أي: اشترط (**مع النقل الذرع**) فيما بيع مذارعة (**أو الكيل**) فيما بيع مكايلة (**أو الوزن**) فيما بيع موازنةً، وإن كان مما يُعدُّ فيجب مع النقل العدُّ.

ولا يكفي كيل البائع عند الدفع إلى المشتري؛ لما في صحيح مسلم: «**أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان: صاع البائع وصاع المشتري**»[3]، فدل هذا على أنه

---

(١) ينظر: العزيز (٤/ ٣٠٧)، وروضة الطالبين (٣/ ١٨٥)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٢٧٠).

(٢) فارسية ترجمتها بالعربية الذرع والقياس بالذراع.

(٣) لم يُخرج الإمام مسلم هذا الحديث بهذا اللفظ، وإنما خرجه ابن ماجه من حديث الصحابي جابر بن عبدالله، رقم (٢٢٢٨)، وضعف أسناده ابن الملقن، والبوصيري، وأعله الزيلعي بابن أبي ليلى. ينظر: خلاصة= البدر المنير

لا يحصل القبض إلا بالكيل من الطرفين. [وقيس] على الطعام سائر ما يقدر بالمقادير.

والمعنى فيه رفع احتمال الغلط في الأول، وحسم باب التردد.

فإن وقع التفاوت بين الكيلين، فإن كان مما يقع غالباً بين الكيلين فالزيادة للمشتري والنقصان عليه.

وإن كان التفاوت أكثر مما يقع غالباً فالزيادة مردودة على البائع والنقصان مغروم للمشتري.

وفي غير المكيل والموزون والمذروع تردُّ الزيادة ويغرم النقصان؛ إذ لا يكون فيها التفاوت إلا باللفظ[1]، فافهم.

(**وصورته**) أي: صورة ما يُباع مكايلة ليقاس عليه غيره: (**أن يقول: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، أو بعتكها على أنها عشرة آصع**) فلا بُد من أن يكيل البائع ويدفع إلى المشتري فيكيله ثانياً . ومن الأئمة من يكتفي بكيل البائع مطلقاً.

ومنهم من يكتفي [بالكيل الأول] إذا دفع إلى المشتري فأخذه المشتري وصبّه.

وبالثاني يُشعِر كلام تباع النووي من شراح المنهاج وغيره[2].

وقوله: "على أنها عشرة آصع" مفروض في ما إذا علما صيعانه، أو قلنا بأنه جاز مع الجهل، وهو الأظهر، وإذا كانت المسألة على ما [صورنا] فأخذ المشتري جزافاً لم يصح قبضه، على أنه يجوز للبائع ما يجوز له لو لم يقبض لكن يدخل في ضمان المشتري ولا يصح تصرفه فيه، لا فيما يتيقن أنه له أو في ما زاد عليه؛ لأنَّ دخوله في ضمانه للاستيلاء لا للملك.

(**وإذا كان له طعام مقدر**) بالكيل (**على غيره**) بإتلاف أوقرض أوسلم أونذر (**وللآخر عليه**) أي: على صاحب الطعام المقدر (**مثله**) أي: مثل الطعام المقدر على ذلك الغير (**فينبغي**) أي: يجب ليصح القبض والإقباض (**أن يكتال**) صاحب الطعام

(٢/ ٧٢)، ونصب الراية (٤/ ٣٤)، ومصباح الزجاجة (٣/ ٢٤). وإنما الذي في صحيح مسلم: «**مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ**» عن ابن عباس، رقم (٣٩- (١٥٢٨)، وعن أبي هريرة: رقم (٣١- (١٥٢٥). بلفظ: «**من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله**».

(١) عبارة استعصت علينا فهم المرادمنه.

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٥٢٢)، وكفاية النبيه (٨/ ٤٤٥).

الـذي عـلى ذلـك الغـير مـن ذلـك الغـير ويقبـض (لنفسـه) بعـد الكيـل (ثـم يكيلـه) مـرةً أخـرى (ويقبـض المشـتري) الـذي هـو المعـبر عنـه بالآخـر؛ لما روِّينـا : «أنـه ﷺ نهـى عـن بيـع الطعـام حتـى يجـري فيـه صاعـان...» الحديـث.

ولـو لم يَكِلـه ثانياً ودفـع إلى الآخـر، فـإن دفعـه مـع الكيـل فعنـد بعضهـم جـوازه؛ لانتفـاء المعنـى الـذي ورد النهـي لأجلـه، وهـو رفـع احتـمال الغلـط وحسـم بـاب الـتردد.

وإن لم يدفع مع الكيل بل صبَّه وأخذه الآخرُ دخل في ضمانه؛ للاستيلاء.

(ولـو قـال) شـخص لشـخص: **(اذهـب إلى فـلان واقبـض ما لِي عليـه)** من دينٍ **(لنفسـك)** مـن ديـنٍ لـك علـيَّ **(ففعـل فالقبـض فاسـد)**؛ لاتحـاد القابـض والمقبـوض لـه؛ إذ هـو قابـض بنفسـه لنفسـه[1]، وإذا قبـض دخـل المقبـوض في ضـمان القابـض، لكـن يـبرأ ذمـة فـلان عـن ديـن الآمـر؛ لأنـه إنـما دفعـه إلى القابـض بـإذن صاحبـه.

ولـو قـال: اقبـض لي ثـم استوفِه لنفسـك فالقبـض صحيـح؛ لأنـه وكيـل المالـك، ثـم إن لم يقصـد الاستيفاء لنفسـه فهـو أمانـة في يـده، وإن قصـد الاستيفاء لنفسـه دخـل في ضمانـه.

ولا يصح قبضه لنفسه؛ لأنَّ الوكالة من الطرفين من خواص الأب و الجد للفروع[2].

***

تنازع البائع والمشتري في تسليم الثمن أو المبيع

(وإذا قـال البائـع: لا أُسـلم المبيـع حتـى أقبـض الثمـن) مـن المشـتري **(وقـال المشـتري: لا أدفـع الثمـن)** إلى البائـع **(حتـى أقبـض المبيـع)** مـن البائـع **(فأصـح الأقـوال: أن البائـع يُجـبر عـلى تسـليم المبيـع أولاً)**؛ لأنَّ حقـه مسـتقر مهيـأ؛ لتصرفـه بالحوالـة والاعتيـاض، فعليـه أن يقـرر حـق المشـتري ويسـلط عليـه[3].

---

(١) وفي شرح المحلي على المنهاج (٢/ ٢٧٠): (بنفسه من نفسه)

(٢) مثلاً الجَدُّ إذا أَرَادَ أَن يُزَوِّجَ بِنتَ ابنِهِ بِابنِ ابن لَهُ آخَرَ فَإِن كَانَا كَبِيرَينِ جَازَ بلا خلاف، وإن كان صَغِيرَينِ فَعَلَى وَجهَينِ: أَحَدُهُمَا: يَجُوزُ. ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ١٣٠)، ونهاية المطلب (١٢/ ١٤٤)، رقم (٧٩٤١)، وبحر المذهب (٩/ ١٢٩).

(٣) ينظر: الأم (٣/ ٤٥٢)

(**والثاني: يُجبر المشتري على تسليم الثمن أولاً**)؛ لأنَّ حقه معين وحق البائع عليه في الذمة فعليه أن يُعين حق البائع فإن حقه لتعلقه بالعين لا يفوت.

(**والثالث: لا يجبر واحد منهما**) بل يمنعهما الحاكم من التخاصم (**فإذا سلم أحدهما أجبر الآخر**)؛ استيفاءً للحق الواجب عليه.

(**والرابع: يُجبران معاً**) فيأمر الحاكم على كل واحد منهما بإحضار ما عليه[1]، فإذا أحضراه سلم الحاكم المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع، فيبدأ بأيهما شاء.

ثم هذا الخلاف في ما إذا كان الثمن على الذمة حالاً، فإن كان مؤجلاً فإنما يجبر البائع فقط؛ إذ ليس له حق الحبس كما مر. وفي ما اذا كان البائع والمشتري لم يكونا وكيلين ولا وليين، وإلا فلا جبر على الولي والوكيل حتى يسلم الذي يعامله بائعاً كان أومشترياً؛ لأنه أمين محتاط. وفي ما إذا لم يكن الثمن معيناً، وإلا فيسقط القولان الأولان وأجبرا معاً؛ لتساوي العوضين في التعيين. وفي ما إذا كان الثمن نقداً أو المبيع عَرضاً، أما اذا كانا عَرضَين ففي الشرح الكبير سقوط القولين الاولين؛ إذ العَرَض وإن كان في الذمة فلكونه موصوفاً كالمعين، وجرى عليه صاحب الروضة[2].

(**وإذا سلم البائع المبيع**) إلى المشتري إما إجباراً أوطوعاً (**أُجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضراً معه**)؛ إذ لم يبق له حق الحبس، فامتناعه لا يكون إلا مطلاً (**وإلا**) أي: وإن لم يكن الثمن حاضراً معه (**فإن كان المشتري معسراً**) أي: فاقد المال- سُمي بذلك؛ لأنَّ الأمور كله عسير عليه والمال قاضي الحاجات.

لطيفة: حُكيَ أن الصاحب ابن عبَّاد[3] قال: لا بُدَّ للشتاء من سبع كافات:

---

(١) وفي شرح المحلي على المنهاج (٢/ ٢٧١): (فيلزم الحاكم كل واحد...).

(٢) ينظر: العزيز (٤/ ٣١٢)، وروضة الطالبين (٣/ ١٨٩).

(٣) الصاحب ابن عباد هو أبو القاسم إسماعيل بن عباد بن العباس الطالقاني،كاتب، أديب، فصيح، سياسي، وزير غلب عليه الأدب، فكان من نوادر الدهر علماً وفضلاً وتدبيراً وجودة رأي، استوزره مؤيد الدولة ابن بويه الديلمي ثم أخوه فخر الدولة، صحب الوزير أبا الفضل بن العميد، ومن ثم شهر بالصاحب، قال ابن حجر: وكان مع اعتزاله شافعي المذهب شيعي النحلة، ولد سنة: (٣٢٦هـ) في الطالقان (من أعمال قزوين) وإليها نسبته. من شيوخه: أحمد بن فارس اللغوي، وأبو الفضل ابن العميد، ومن تلاميذه: عبد الملك بن علي الرازي،، وأبو الطيب الطبري، ومن مؤلفاته: (المحيط) في اللغة، وكتاب (الوزراء)، و (الكشف عن مساوئ شعر المتنبي) توفي سنة: (٣٨٥هـ). ينظر: وفيات الأعيان (١/ ٢٢٨).

الكِنّ[1]، والكانون، والكأس، والكتاب، والكِسو، والكيس، والكُس - أي: الفرج، عرَّبه لأجل الكاف- فلما سمع نظام الملك ذلك توجه إلى الصاحب ابن عبّاد وأنشد هذا الشعر:

يقولون: كافاتُ الشتاء كثيرةٌ فما هي إلا واحدٌ غير مفترى

إذا كان كافُ الكيس فالكل حاضرٌ إذا هُيىء الأسبابُ فالصيدُ في الفَرا[2]

(فللبائع الفسخ بالفلس) بشروط يأتي في باب الحجر.

قيل: صورة المسألة فيما إذا سلم البائع بإجبار الحاكم، أما لو سلمه طوعاً تبرعاً فليس له الفسخ بالإفلاس؛ لرضائه بتأخير حقه.

(وإن كان) المشتري (موسراً وكان ماله في البلد أو على مسافة قريبة) وهي ما دون مسافة القصر (حُجر عليه في ماله) بيعاً وهبةً ورهناً، قيل: وأكلاً أيضاً، فيضيِّق عليه؛ ليؤدِّي ما عليه من الحق اللازم، ولئلا يتصرف بما يبطل حق البائع- وهذا الحجر حجر تعزير وتأديب غريب في باب الفقه رواه الشافعي -رحمه الله تعالى- عن ابن جُريج - (إلى أن يُسلِّم الثمن) فإذا سلّم ارتفع الحجر.

وقيل: يحتاج إلى رفع الحاكم.

(وإن كان) مال المشتري (على مسافة القصر) أو أكثر (لم يكلف البائع الصبر إلى إحضاره)؛ لوجود الغرر وخوف الضرر (لكن يباع المبيع ويوفى حقه) أي: حق البائع (من ثمنه)؛ إذ قد يروج ويرفع بارتفاع السوق فيبقى شيء للمشتري فيفوز به، وذلك وجهٌ، ومقابله هذا: (وأظهر الوجهين أن له الفسخ) أيضاً كما يفسخ بالإفلاس؛ لأنه

---

(١) الكن: السترة، والكانون: المَوقِدُ. ينظر: الصحاح (٧/ ٣٨) مادة: (كنن)، والقاموس (١٥٨٥).

(٢) يشير إلى المثل المشهور: "كُلُّ الصَّيدِ في جَوفِ الفَرَا" قَال ابن السكيت: الفَرَا: الحِمَارُ الوَحشِيُّ وجمعه فِراء، قَالوا: وأصل المثل أن ثلاثة نَفَرٍ خرجوا متصيدين فاصطاد أحدُهم أرنباً، والآخر ظبياً، والثالث حماراً، فاستبشر صاحب الأرنب وصاحب الظبي بما نالا وتطاولا عليه، فقال الثالث: كُلُّ الصَّيدِ في جوف الفَرا، أي: هذا الذي رُزِقتُ وظَفِرتُ به يشتمل على ما عندكما، وذلك أنه ليس مما يصيده الناس أعظَمُ من الحمار الوحشي. مجمع الأمثال لأبي الفضل أحمد بن محمد الميداني النيسابوري، تحقيق: محمد محيى الدين عبد الحميد- دار المعرفة – بيروت: (٢/ ١٣٦).

قد تعذر عليه تحصيل حقه فهو كما لو أفلس المشتري، وإذا فسخ رجع إلى المبيع بأمره:

(فإن صبر) ولم يفسخ (فالحجر كما ذكرنا) فيما إذا كان موسراً مطلاً (وللبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن) من المشتري (إذا خاف فواته)- بغارة أو بانقطاع أوبسريان الفساد اليه ونحوذلك؛ لأنه معذور في الحبس والحالة هذه.

وفي الشرحين: "وكذا للمشتري حبس الثمن اذا خاف فوت المبيع"[1].

(بلا خلاف، والأقوال) الأربعة (في البداية) أي: فيما يبتدئ به البائع أو المشتري في تسليم ما عليه (في ما اذا لم يخف) أي: البائع، وكذا المشتري على ما نقلنا (الفوات) أي: فوات الثمن إن كان الخائف البائع، أو فوات المبيع إن كان الخائف المشتري (وتنازعا في مجرد البداية) من غير خوف من الفوات.

وقوله: "وللبائع حبس المبيع" مفروض في ما إذا كان حالاً. وإن كان مؤجلاً فقد مرَّ أن للمشتري الاستقلال وليس للبائع الحبس؛ لرضائه بتأخير الثمن.

ولو حل قبل التسليم فلا حبس له أيضاً كما ذكره في الشرحين[2]؛ لأنَّ تأجيله للإرفاق بالمشتري، فهو كما لو حل أجل الصداق قبل تسليم المرأة نفسها، فليس لها حبس نفسها، صرح به صاحب الزاد، وفيه ما مرَّ عن القاضي أبي الطيب من نقل النص على خلاف ذلك[3].

---

(١) ينظر: العزيز (٤/ ٣١٥).

(٢) ينظر: العزيز (٤/ ٣١٥).

(٣) أي: له الحبس.

بعون الله وتوفيقه فرغت من تحقيق كتاب البيع من الوضوح والتعليق عليه بالإفادة من تحقيق الشيخ حسين الموصلي، وكان تحقيقه رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الموصل، ويأتي بعد هذا مبحث التولية من الوضوح بتحقيقي وتعليقي بدون الإفادة من جهد أحد، وفقني الله لإكماله.

وتبدأ هذه الحصة من الوضوح في المخطوطة (٢٧٢٦) من بداية المجلد وتنتهي في اللوحة (٢٢)، وفي المخطوطة (٣١٧٢) من بداية المجلد وتنتهي في اللوحة (٠٠٤٣٤)، و في المخطوطة (٢٨٣) من بداية المجلد وتنتهي في اللوحة (٢٤)، و في مخطوطة مكتبة الخال من بداية المجلد وتنتهي في اللوحة (٠٤٥)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة من اللوحة (٠٠٢٠٨)، وتنتهي في اللوحة (٠٠٢٢٨).

التولية [1]

(فصل: في التولية) وهي في اللغة: التفويض [والتمكين والولاية لأحد]، وفي الشرع: عبارة عن بيعٍ جديدٍ بالثمن الأول[2].

ومبنى [هذا العقد] على الأمانة؛ لأنّ المشتري يعتمد قولَ البائع فهو أمين، فيجب عليه التنزّهُ عن الخيانة، [والتجنّب] عن الكذب؛ لئلّا يقع المشتري في النجش[3] والغرَر[4].

([وإذا] اشترى شيئاً ثُمَّ قال لغيره وقد علم الثمنَ) بالمشاهدة، أو بسماعه ممّن يثق بقوله (أو أعلمه) البائع[5] (أوّلاً) وإنّما يشترط علم المشتري بالثمن؛ لئلاّ يجهل بما[يجب

---

(١) يشتمل هذا الجزء على فصل في التولية والإشراك والمرابحة، وفصل في بيع الأصول والثمار، وفصل في اختلاف المتبايعين، و فصل في بيع الشجر والنخيل، وفصل في بيع الثمر والزرع، وفصل في بيع المحاقلة والمزابنة وفصل في اختلاف المتبايعين، وفصل في معاملة الرقيق، وكتاب السلم، وفصل في القرض، وكتاب الرهن.

ملاحظة: لم تُذكَر المرابحةُ ضمن العناوين في نسخ الوضوح التي عندي، وفي المنهاج ذكر الإمام النووي المرابحة فقال: باب التولية والإشراك والمرابحة وترك المحاطّة، وقال الخطيب: لم يترجم لها إمّا لدخولها في المرابحة، وإمّا لأنه ترجم للأشرف منهما. ينظر: مغني المحتاج (١/ ٣٦). و منهاج الطالبين (١/ ٥٠)، ومخطوطات الوضوح، وعلى هذا فلا يظهر وجه لترك المرابحة في الوضوح.

(٢) تعريف يكاد يجمع عليه الفقهاء، وهو جامع مانع إلاّ على مذهب القائلين بأنّ الإقالة بيع، والصحيح الجديد عند الشافعية أنها بيع، فيمكن أن يزاد على التعريف قيد "لغير البائع". ينظر: المجموع (٩/ ٢٥٦)، والبحر الرائق (٦/ ١١٦).

(٣) النجش بفتح النون وسكون الجيم وجاء بفتحتين أيضا: أن يزيد في سلعة أكثر من ثمنها و ليس قصده أن يشتريها بل ليغرّ غيره فيوقعه فيه. ينظر: المصباح المنير (٢/ ٥٩٤)، ماده: (نجش). ودستور العلماء (٣/ ٢٧٣).

(٤) هو ماكان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول، أو ماكان على غير عهدة ولا ثقة. ينظر: النهاية (٣/ ٣٥٥)، مادّة: (غرر).

(٥) البائعُ المشتريَ الثانيَ. منه. في نسخة مكتبة الحاج خالص الصحيفة (٤٩).

عليه]فيتعذّر عليه إمضاءُ العقد (:ولّيتُك هذا العقد) أي: جعلتُك وليّاً فيه، مفوّضاً أحكامُه إلى خيَرتك (فقَبِله) بقوله: تولّيتُ، أو: قبلتُ، (لزِمه) أي: ذلك الغيرَ (مثلُ الثمن المشترَى به) سواءٌ قال البائع: ولّيتك بما اشتريتُ، أو سكت عنه؛ لاقتضاء لفظ العقد ذلك.

(وهذا العقد بيع) مشروع قد[تعاملها]الناس من لدن الصدر الأوّل إلى يومنا[هذا][(١)]؛ فقد صحّ: «أنّه ﷺ لمّا أراد الهجرة قال لأبي بكر الصدّيق ﷺ - وقد اشترى بعيرين - : ولِّني أحدَهما»[(٢)].

ولأنّ للناس حاجة إليه؛ لأنّ فيهم من لا يعرف قيمة الأشياء فيستعين بمن يعرفها ويطيب قلبه بما اشتراه.

(يشترط فيه) أي: في هذا العقدِ (شروطُه) أي: شروطُ البيع: من الرؤيةِ، والقدرةِ على التسليم،[والتقابضِ] في الربويّات، وطهارةِ العين،[والانتفاعِ الشرعي].

(ويترتّب عليه أحكامُه): من خيارِ المجلس، وخيارِ الشرط، والردِّ بالعيب والإفلاس[(٣)]، وغيرِ ذلك[(٤)].

(لكن لا يحتاج إلى ذكر الثمن) وإن كان شرطاً في البيع؛ لأنّ لفظ التولية مشعرٌ بذلك فيُستغنى عن ذكره.

وسكوتُ المصنّف عن شرط الثمن [في] التولية مشعرٌ بأنّه لا فرق في جواز التولية بين كون الثمن مثليّاً أو متقوّماً، أو كان في يد المولّي أو لم يكن،[لكن] فيه تفصيل:

فلا بدّ أن يكون مثليّاً؛ ليقدر المشتري على مثله، أو [متقوّماً] نُقل من البائع إلى المولَّى؛

---

(١) روى ابن عبد البر قال: ذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن بن طاوس عن أبيه قال: لا بأس بالتولية إنما هو معروف. ينظر: الاستذكار (٦/ ٤٩٩).

(٢) لم يأتِ الحديثُ بهذا اللفظ، بل ورد ما يقاربُه في المعنى في صحيح البخاري، رقم (٥٨٠٧)، ولفظه: «قال أبو بكرٍ فَخُذ بِأَبِي أنت يا رَسُولَ اللَّهِ إِحدَى رَاحِلَتَيَّ هَاتَينِ، قال رسول اللَّهِﷺ: بِالثَّمَنِ».

(٣) الإفلاس: قلّة المال وكثرة الديون الّتي عليه من حقّ الناس.

(٤) أي: كتجديد الشفعة إذا عفى الشفيع عن العقد الأوّل. منه. و بقاء الزيادة المنفصلة للمولي بكسر اللام. ينظر: الديباج في توضيح المنهاج، تأليف: بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (١/ ٤٦٠).

ليقدر على أدائه، وإلاّ فالعقد باطل؛ لأنّه يجب مثلُ الثمن الأوّل[1]،[والمتقوّمُ مجهول القيمة؛ لإفضائه إلى [الظنّ والتخمين].

(**ولو حَطّ البائعُ بعضَ الثمن عن المولِّي**) بكسر اللام، وهو المشتري الأوّل (**بعد التولية**) وقبولِ المولَّى (**ينحطّ**) ذلك البعضُ (**عن المولَّى**) بفتح اللام، وهو المشتري الثاني (**أيضاً**) أي: كما ينحطّ عن المشتري الأوّلِ؛ لأنّ العقد الثانيَ نازلٌ منزلةَ الأوّل، فيجري فيه ما [جرى] في الأوّل.

وقوله: "**بعد التولية**" [ليس ممّا يحترز به عمّا قبل التولية، بل لأنّ فيه وجهاً ضعيفاً: أنّه لا ينحطّ إذا كان بعد التولية]؛ لالتزام المولَّى ما اشتراه [به] وهو بيع جديد فلا يلحقه الحطُّ[2]، فخصّه بالذكر لذلك، وإلاّ فالحطّ قبل التولية كالحطّ بعده، بل أولى؛ لأنّه مفقود حين التولية[3].

وسكوتُه عن الحطّ عن كلّ الثمن بناءٌ على الغالب، وإلاّ فالحطّ عن الجميع كالحطّ عن البعض في أنّه ينحطّ عن المولَّى إذا كان بعد التولية، وأمّا قبله فيتعذّر التولية[4].

وكذا إذا كان الثمنُ عرضاً ولم ينقل إلى من يتولّى العقدَ، كما أشرنا إليه[5].

***

---

(١) ولا مثل للعرض. ينظر: التهذيب (٣/ ٤٨٩)، والديباج (١/ ٤٦٠).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٢٥). الخال اللوحة (٤٦) وفي بيارة (٢٢٨): ليس بها.

(٣) أي: الحطّ لم يكن موجوداً حين العقد في صورة التولية قبل الحطّ. الخال اللوحة (٤٦)

(٤) إذا التولية عبارة عن البيع بما اشترى، وإذا حُطّ كلُّ الثمن قبل التولية فكيف يصحّ: بعتك بما اشتريتُ؟ لِأَنَّهَا حِينَئِذٍ بَيعٌ بِلَا ثَمَنٍ. ينظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/ ٩١).

(٥) أشار إلى ذلك في قوله: "أو متقوّماً نُقل من البائع إلى المولَّى" في الاستدراك على كلام المصنّف بقوله: وسكوتُ المصنّف عن شرط ثمن التولية. والمعنى: وكذلك ينحطّ العرض إذا حُطّ عن المولِّي كالنقد، والمسألة مقتبسة من التتمة. ينظر: الديباج (١/ ٤٦٠).

الإشراك

(والإشراك في بعض المشترى) أي: المبيع (كالتولية في الكلّ) في الجواز والشرائط[وترتّب] الأحكام.

[والإشراك: هو] أن يشتريَ شيئا ويُشركَ غيرَه فيه بما يدلّ عليه من الألفاظ ليكون بعضُ المبيع له بقسطه من الثمن.

(ثمّ إن نصّ على البعض المشترَك فيه)- أي: نطق به صريحاً في العقد، ويجوز أن يكون "فيه" صلةَ "المشترك"[1]. والنصّ بأن يقول: [أشركتك]في المبيع بالنصف، أو الربع، أوغير ذلك. ولو قال: "في النصف" فيكون بالربع، أو: "في الربع" فيكون بالثمن؛ بناءً على صحّة الإطلاق، على ما يأتي[2].

-(فذاك) أي: فذاك المنصوص هو المشترك، أو: فذاك النصّ مطلوب.

(وإن أطلق) فقال: [أشركتُك] في المبيع، أو: جعلتُك شريكاً فيه (فيفسُد) الإشراكُ (أو يصحّ) الإشراكُ ويكون على المناصفة؟ (فيه وجهان: أشبهُهما) بما هو متّفقٌ عليه من المسائل (ثانيهما)؛ لاقتضاء لفظ الشركة أعلى أحواله وهو المناصفة؛ ولذا لو قال مقرّاً: فلانٌ شريكي في هذا، أو: هذا لفلانٍ وفلانٍ مشاركةً، فيكون بينه وبين المقَرّ له، أو المقرِّ لهما مناصفةً.

[والوجهُ المقابل] أنّه يفسُد؛ للجهل بقدرِ المبيع وقدرِ ثمنه، ولا يوثَق بالرجوع إلى قصده[3].

***

---

(١) الصلة: تطلق على ثلاثة معان: الأول: صلة الموصول الاسميّ او الحرفي، الثاني: الحرف الزائد، الثالث: حرف الجرّ، يقال: "بزيد" في "مررت بزيد" صلة، والمراد هنا المعنى الثالث. ينظر: كتاب الكليات (١/ ١٠٢٤)، ومعجم مقاليد العلوم، لجلال الدين السيوطي (ت٩١١هـ)، تحقيق: أ.د محمد إبراهيم عبادة، ط.: الأولى (١٤٢٤هـ): مكتبة الأداب - القاهرة - مصر: (١/ ٨٩).

(٢) بعد سطر تقريباً، من الخلاف بعد قوله: وإن أطلق.

(٣) العزيز (٤/ ٣١٨).

المرابحة

(ويجوزُ بيعُ المرابحة)؛ لإطباق الناس عليه من غير نكير.

(وهو) أي: بيع المرابحة (مثلُ أن يشتريَ شيئاً بمائة، ثمّ يقولَ لغيره) -بعد ما علمه، أو أعلمه المشتري الأوّلُ- (بعتُك) المشترَى بمائة (بما اشتريتُ بربح دَه يازدَه)[1] أي: بأن تعطي أحد عشر في عشرة، فكأنّه قال: بعتك بمائة وعشرة، هكذا فسّره في الشرحين، ولذا عطف عليه قولَه: (أو بربح درهم من كلّ عشرة).

وهذا بيع جديد بما اشترى به مع زيادة واحد من كلّ عشرة، وليس فيه [رباً ولا إثمٌ]؛ إذ الأسعار قد تتفاوت، فقد يباع ما يشترى بمئة بمئتين، والله يرزق بعضَ عباده ببعض.

ويشترطُ علمُ [العاقدين] بما زاد في المرابحة، حتّى لو احتاج إلى حساب فلا يصحّ إلاّ بعد أن [يشخّصاه]، كما لو قال: "بعتك بربح ده شازده ونيم دانگ وچهاريكِ [دانگ]"[2] مثلاً، فيكون الربح في عشرة ستّة دراهم وجزءَ من اثني عشر جزءَ من درهم وجزءَ من أربعة وعشرين جزءَ من درهم، أي: وجزءَ من اثني عشر ونصف جزءٍ منه.

***

المحاطّة

(ويجوز بيع المحاطّة، وهو أن يقول) لغيره: (بعتك بما اشتريت بحطّ ده يازده)، وهو صحيح كبيع المرابحة بعدالعلم بالثمن والمحطوطِ، فكأنّ المبيعَ هو المحطوطُ عنه [فقط].

---

(١) "دَه" و "يازدَه" كلمتان فارسيّتان أوكرديّتان: الأوّل بمعنى: عشرة، والثانية بمعنى: أحد عشر. المعلق.

(٢) عبارة فارسيّة معناها: بربح هو في مقابل عشرة: ستة عشر و نصفُ سدسٍ و ربعُ سدس. فكلمة (دانط) بمعنى السدس من كلّ شيءٍ، أو نقد يساوي سدس الدرهم إذا كان مأخوذاً من الدانق العربيّ، و (نيم) بمعنى النصف، و (ضهاريك) الربع. ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف (١/ ٣٣٢).

(**وأصحّ الوجهين أنّه يحطّ من كلّ أحد عشر واحدةٌ**)؛ فكأنّه قال: يحطّ ما يَجعلُ ده يازده، وهو واحدة، وبالقياس على المرابحة؛ فإنّه لو قال: "بربح ده يازده" يكون الربح واحداً من [أحد عشر].

والثاني: يحطّ من كلّ عشرة واحدة، - وبه قال الماورديّ -كما يزاد في المرابحة بده يازده من كلّ عشرة واحدة[١]، فالاختلاف باختلاف التعليلين، ولكلٍّ وجهةٌ هو مولّيها[٢].

فلو كان المبيع المشترَى بمائة وعشرة وباعه بحطّ ده [يازده] فيحطّ على الأصحّ عشرة؛ لأنّ مائة وعشرة عشر أحد عشرات، ويحطّ من كلّ واحدة واحدة، وعلى الثاني أحد عشر؛ لأنّها أحد عشر عشرات وقد حُطّ من كلّ واحدة واحدةٌ.

(**ولو قال: بعتُك بما اشتريتُ لم يدخل فيه سوى الثمن**) وهو الذي اتّفقا عليه عند اللزوم[٣]، حتّى لو كان الثمنُ عند العقد مائةً فزادا عشرةً في [زمان] الخيار - أيَّ خيار كان[٤]- أو نقَصاً [عشرةً] فالثمنُ هو الزائد والناقص، لا المائةُ؛ لما مرّ أنّ [زمن] الخيار حريمُ العقد[٥] يجوزُ فيه تغييرُ الثمن.

(**وإن قال: بما قام عليّ دخل فيه**) أي في بيع التولية (**مع الثمن أجرةُ الكيّالِ**) إن كان

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٨٣).

(٢) اقتباس من الآية الكريمة: ﴿ وَلِكُلٍّ وِجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّيهَا فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ أَيْنَ مَا تَكُونُوا يَأْتِ بِكُمُ اللَّهُ جَمِيعًا إِنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ (البقرة: ١٤٨).

(٣) لعل اللزوم هنا لزوم العقد بمعنى انقضاء زمن الخيار. ينظر: المبسوط للسرخسي (٨/ ٧٣).

(٤) انواع الخيار الشرعيّ في البيع كثيرة: خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار خلف المشروط، وخيار تلقّي الركبان، وخيار تفريق الصفقة، وخيار تعذّر قبض المبيع، وخيار تعذّر قبض الثمن، وخيار الرؤية وخيار التغرير، وخيارظهور الأحجار المدفونة في الأرض، وخيار اختلاط المبيع بغيره، وخيار خلف المشروط. ينظر: المنثور في القواعد، لمحمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله (ت٧٩٤هـ)، دار النشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت - ١٤٠٥، ط. : الثانية، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود: (٢/ ١٥١)، واللباب في الفقه الشافعي، لأبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد الضبي، تحقيق: عبد الكريم بن صنيتان العمري، ط. الأولى، (١٤١٦هـ)- دار البخارى، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية (١/ ٢٠٣).

(٥) مرّ ذلك من الشارح في كتاب البيع في فصل الخيار. ينظر: مخطوطة الوضوح الموجودة في مكتبة الحاج خالص في أربيل (٢/ ٢٥).

الثمن مكيلاً؛ فإنّ أجرة الكيّال على المشتري لو اكتاله ثانياً لبيان الغلط، حتّى لو ظهر نقص بما زاد على تفاوت الكيلين رجع به على البائع.

أمّا إذا [اكتفيا] بكيل البائع فالأجرةُ على البائع، وإن صرّح ابن الرفعة بخلافه[١].

(والحمّال) [أي: الّذي] يحمل المتاع من دار البائع إلى دار المشتري، وهذه على المشتري جزماً.

(والدلاّلِ) [وهو الذي يُنادِي] بالثمن ليظهر الراغبُ فيبيع به شيئاً[٢]، فأُجرتُه على المشتري مضمومٌ على الثمن.

(والحارسِ) الذي يحرس الثمنَ إلى أن يصل إلى البائع.

(والقصّارِ) الذي قصَر الثوب وأزال درَنَه لتزيد قيمتُه[٣] **(والرَّفّاءِ)** من الرَّفء[٤]، وقيل: من الرَّفوِ، وهو الاجتماع والالتئام، والمراد هنا: من يرقع الثوب ويصلح مخاريقه ومساحقه ليزيد[٥].

(والصبّاغِ)، ثمّ قيل: الحارسُ والقصّارُ والرفّاءُ والصبّاغُ يصحّ أن يكون للثمن

---

(١) ينظر للمسألة: كنز الراغبين (٢/ ٢٧٥) قال: كما أفصَحَ بِهِمَا ابنُ الرِّفعَةِ فِي الكِفَايَةِ وَالمَطلَبِ، و النجم الوهاج ٢٠٠٤م)- دار المنهاج: (٤/ ١٧٩). ولم أحصل على المسألة في كفاية النبيه، ولم أحصل على المطلب العالي بعدُ، رزقنا الله تعالى إياه.

(٢) يقال دللتُك على الشيء دَلالة ودِلالة- بفتح الدال وكسرها- ودُلولا ودُلولة -بضمها فيهما-: إذا أرشدتُك إليه، أي: أرشد المشتريَ إليه فكان سمساراً بينهما. المطلع على أبواب المقنع، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي (ت٧٠٩هـ)، تحقيق: محمد بشير الأدلبي (١٤٠١ هـ- ١٩٨١م): المكتب الإسلامي - بيروت: (١/ ٢٧٩).

(٣) والقَصّارُ والمُقَصِّر كشَدّادٍ ومُحَدِّث: مُحَوِّرُ الثِّياب ومُبَيِّضُها، لأَنّه يَدُقُّها بالقَصَرَة التي هي القطعَةُ من الخَشَب وهي من خَشَب العُنّاب لأَنّه لا نارَ فيه كما قَالُوا، وحِرفَتُه القِصَارَة بالكَسر على القِيَاس، ودَقُّه وخَشَبَتُه المِقصَرَة كمِكنَسةٍ والقَصَرَةُ مُحَرَّكَةً أَيضاً. تاج العروس، لمحمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت١٢٠٥هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين:- دار الهداية: (١٣/ ٤٣١)، مادة: (قصر).

(٤) ورَفَأَ الثَّوبَ يَرفَؤُه رَفأً، لأَمَ خَرقَه وضَمَّ بَعضَه إِلى بَعضٍ. المحكم والمحيط الأعظم، تأليف: أبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (ت: ٤٥٨هـ)، تحقيق عبد الحميد هنداوي، سنة الطبع: (٢٠٠٠م)- دار الكتب العلمية بيروت: (١٠/ ٢٨١).

(٥) رَفَا الثَّوبَ يَرفُوه رَفواً: أَصلَحَهُ وضمَّ بعضَه إِلى بَعضٍ، يُهمَزُ ولا يُهمَزُ. تاج العروس (٣٨/ ١٧٢).

قبل التسليم إلى البائع، وقيل: للمبيع بعد وصوله إلى المشتري، وهو الأصحّ، صرّح به الجلاليّ[1].

(وقيمةُ الصبغ) الذي [يُصبَغُ] به الثمنُ، أو المبيعُ على الخلاف.

(وسائرُ المؤنات) - جمع مؤنةَ[2]، وهي ما فيه وَأَنٌ، أي: ثِقَلٌ، من وأَنَ المتاعُ في الميزان إذا ثقُل[3] (الّذي) إذا كان وصفاً للسائر المضاف، وفي بعض النسخ: "الّتي" وصفاً للمؤنات المضاف إليه، وهي الصحيحة[4] (يُقصد بها الاسترباحُ) أي: طلبُ الربح، كأجرةِ مكان الحفظ، وأجرةِ الخِتَان[5]، وتطيينِ الدار، وتطبيقِ حجري الطاحونة.

وخرج بقيد "الاسترباح" ما قصد به الاستبقاء كالنفقة والكسوة والعلف على العادة.

أمّا لو زاد في العلف [للتسمين] فما زاد يدخل في ما قام عليه.

(فلو قصر الثوب أو كال) الحنطة (أو حمل) المتاع (بنفسه) - متنازعٌ فيه للأفعال الثلاثة[6]- (لم تدخل أجرته فيه) أي: في قوله: "بما قام عليّ"؛ لأنّ فعل الشخص لا

---

(١) : شرح المحلّي على المنهاج (٢/ ٢٧٥-٢٧٦).

(٢) المكتوب في نسخ الوضوح المتوفرة عندي "المؤ نات" بواو واحدة، ولاختلاف طريقة الإملاء القديمة والجديدة فيمكن قراءة "مؤنة" بالهمزة فقط على وزن: "كُلفة"، وبهمز و واو على وزن "مَعونة"، ولعدم تغيّر المعنى والحكم اللفظي للكلمة على التقديرين فقد مشيت على كونه بهمزة بدون واو اتّباعاً لظاهر النسخ.

(٣) لم أجد في مصادر اللغوية ما يؤيّداشتقاق المؤونة من "وأن"، ولا ورود "وأن" بمعنى ثقل، والمناسبة بين المؤنة و مادّة "وأن" بعيد، بل الراجح اشتقاقها من مان الرجلُ أهلَه يمونُهم مَوناً و مَئونةً: كفاهم وأنفق عليهم وعالهم، كما في لسان العرب (١٣/ ٤٢٥) مادّة: "مون"، أو من "الأون" كما قال رضي الدين في الشافية. ينظر: شرح شافية ابن الحاجب، لرضي الدين الاستراباذي (ت٦٨٦ هـ) مع شرح شواهده لعبد القادر البغدادي (ت١٠٩٣هـ)، تحقيق: محمد نور الحسن و محمد الزفزاف و محمد يحيى عبد الحميد - دار الكتب العلمية- بيروت. لبنان: (٢/ ٣٤٤).

(٤) إذ لا يقال مثلا: اللهمّ صلّ على سيّدنا محمّد وسائر الأنبياء الكريم.

(٥) وهو: قطع الجلدة التي تغشى الحشفة من الرجل، وقطع بعض جلدة عالية مشرفة على الفرج من المرأة، وهو واجب في حقّ الرجل، وغير واجب في حق المرأة على الراجح. المطلع (١/ ١٥- ١٦).

(٦) التنازع المصطلح عليه في النحو: أن يتقدّم عاملان أو أكثر ويتأخر معمولٌ أو أكثر ويكون كلٌّ من العاملين أو العوامل طالبا لذلك المعمول المفرد أو المتعدّد المتأخّر. ينظر: شرح قطر الندى وبلّ الصدى، تأليف: أبي محمد عبد الله جمال الدين بن هشام الأنصاري (ت٧٦١هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الطبعة: الحادية عشرة (١٣٨٣هـ)- القاهرة: (١/ ١٩٨).

يقتضي الأجرة لنفسه، فلم يقم عليه ليدخل في "بما قام عليّ"، ولا خلاف في ذلك **(وكذلك)** لا يدخل في "بما قام عليّ" **(لو تطوّع به متطوّعٌ)** أي: متبرّعٌ؛ لأنّه ما بذل في مقابلته مالاً، فهو كما لو فعله بنفسه.

وفي وجهٍ محكيٍّ عن ابن الصبّاغ: أنّه يدخلُ أجرةُ المتطوّع؛ لأنّ الغالب من [فعل الأجنبيّ] أن لا يكون متطوّعاً، فلو وقع نادراً فإنّما يكون لقرابةٍ أو صداقةٍ أو حسبةٍ، فيلحقُ النادرُ بالغالب، مع أنّ المنّة أثقلُ من أخذ الأجرة.

(وليكن مقدارُ الثمن) [أي]: فيما إذا لم يزد على قوله: "بعتُك بما اشتريتُ" **(أو مقدارُ ما قام عليه)** فيما إذا قال: "بعتُك بما قام عليّ" **(معلوماً للمتبايعَين)** سواءٌ بيع مطلقاً، أو مرابحةً، أو محاطّةً؛ لأنّ جهلَ الثمن في حال العقد يوجبَ الغرر، وقد نهى رسولُ الله ﷺ عن بيع الغرر[1].

(فإن جُهل أحدُهما لم يصحَّ في أصحِّ الوجهين)؛ لما ذكرنا[2].

والثاني: يصحّ؛ لسهولة معرفته بالاطّلاع على الثمن الأوّل.

وعلى هذا فهل يشترط معرفة الثمن في المجلس، أو أيّ وقتٍ عرفاً صحّ العقد؟ فيه وجهان بلا مرجّح عن المصنّف وتابعيه[3]، ورجّح الاشتراطَ صاحبُ الزاد[4].

قال النووي: ولو قال: بعتك بما قام عليّ وربحِ كذا فهو بيع مرابحة يُضبط ما قام عليه ثمّ يُزاد بنسبة ما قال، ولو قال: بعتك برأس المال وربح ده يازده فهو كما لو قال: بما اشتريت وربح ده يازده، فلم يدخل سوى الثمنِ وربحِه، وفي وجه هو كقوله:

---

(١) رواه مسلم في صحيحه، رقم (٤- (١٥١٣))، ولفظه: «عن أبي هُرَيرَةَ قال: نَهَى رسولُ اللَّهِ ﷺ عن بَيعِ الحَصَاةِ وَعَن بَيعِ الغَرَرِ».

(٢) في قوله: لأنّ جهلَ الثمن في حال العقد إلخ...

(٣) قال في العزيز: وعلى هذا ففي اشتراط إزالة الجهالة في المجلس وَجهان. العزيزط العلمية (٤/ ٣٢١)، (٩/ ٩).

(٤) لم أحصل إلى الآن على معلومات عن الزاد وصاحبه إلاّ ما ذكره الشارح في الوضوح حيث قال مرة: والاسفراني في الزادأو قال مرة: والأودني في الزاد، وما ذكره في طبقاته في تعداد كتب المذهب الشافعي حيث قال: ومنها زاد الميسر ومودع البيان للسلمي، وكلاهما في إملائه سهو وفي بيانه اختصار. ينظر: طبقات الشافعية للشارح ابن هداية (١/ ٢٩٠).

بـما قـام عليّ، فيدخل فيـه مـا يدخـل في ذلـك وربحـه؛ لأنّ مـا قـام عليـه فهـو رأس المال في ذلك البيع[١].

(وليصدُق البائعُ) أي: المشترِي الأوّلُ المعبّر عنه بالمولِّي بالكسر **(فيما يُخبِرُ المُشترِيَ عنه)** أي: المشتريَ الثانيَ المعبّرَ عنه بالمولَّى بالفتح، وذلك الإخبارُ يكون قبل التولية والإشراكِ أو البيع مرابحةً أو محاطّةً، فيخبر صدقاً بما اشتراه أو بما قام عليه.

ولو كذب متعمِّداً بالزيادة عصى، وقيل: وكذا بالنقصان؛ لأنّ هذه العقود مبنيّة على الأمانة؛ لاعتماد المشتري الثاني على الأوّل، فيكون كذبه كذباً وخيانةً، وكلّ [منهما] كافٍ في العصيان، فكيف إذا اجتمعا.

(وليخبِره عن العيوب الحادثةِ عنده) بأيّ وجه حدثت: بآفة سماويّة، و [بجناية جانٍ]؛ لأنّ المولَّى معتقد بقاءَ المبيع على ما كان عند شري المولِّي، فلو لم يخبره بما نقص بالعيب الحادث عنده لغُبِن المولَّى بإعطاء كمال الثمن.

ولو لم يخبره واشترى ثمّ عرف العيب فله الخيار، فلو أجاز [أجاز] بجميعِ الثمن، أو [بجميعِ ما قام عليه] وربحِ الجميع لو باعه مرابحةً، وقيل: لا ربحَ فيما هو في مقابلة ما نقَصَ بالعيب.

(وعن الشري بعَرض) فيما صحّ التولية بالعرض، وهو إذا انتقل العرضُ من البائع الأوّل إلى المشتري الثاني، وفي بيع المرابحةِ والمحاطّةِ صحّ مطلقاً **(إن اشترى بعَرضٍ)**؛ لكثرة التفاوت في الرغَبات في الشري بالنقود والعروض **(ويبيّنُ قيمتَه)** أي: [قيمة العرضِ]؛ ليُمكن للمشتري استيفاءُ الثمن؛ إذ لا يُكتفَى في الأثمان في العروض بالمثل الصوريّ بخلاف القرض، **(وعن الأجل إن اشتراه بثمنٍ مؤجّلٍ)**؛ لاختلاف [الأغراض] بالحلول والآجال: [فربّما] يشترى مؤجّلاً دون حالٍّ، وبالعكس.

(فلو كذَبَ) المشتري الأوّلُ، أو البائعُ أوّلاً حيث لم تكن [توليةٌ] **(بزيادة الثمن بأن قال: اشتريتُه بمائةٍ)** وبعتُك [مرابحةً] بربح ده يازده مثلاً، أو ولّيتُك بما اشتريتُ بربح

---

(١) ينظر: الروضة (٣/ ٥٢٨). ومن الجدير بالذكر أنّ عادة الشارح الغالبةَ النقل بالمعنى لا بالنص.

كذا (ثمّ بان أنّه اشتراه بتسعين) [بإقراره]، أو بالبيّنة، أو بإخبار البائع وسكوتِه (فأصحُّ القولين أنّه يُحَطُّ الزيادةُ) على ما اشتراه (و) يُحطّ (ربحُها) أيضاً؛ إذ التمليكُ هنا إنّما هو باعتبار الثمن الأوّل وهو تسعون، فيحطّ الزيادةُ كما في الأخذ بالشفعة[١]، ولأنّه قد خانه بالكذب فيعاقب بنقيض قصده كالوارث القاتل[٢].

والثاني: [لا يُحطُّ] شيء من الزيادة والربح؛ لأنّ المشتريَ قد رضي بما سمّاه البائعُ وعقد عليه[٣]. فالربح على تقدير المائة عشرةٌ، وهي ربحٌ لكلّ واحد من تسعين والعشرة [الزائدة] كذباً، فتكون حصّةُ العشرة الزائدة درهماً، وحصّةُ التسعين تسعةَ دراهم، فيَنحطُّ عن المشتري الثاني أحد عشر درهماً، ويؤدِّي إلى المشتري تسعةً وتسعين.

(والأصحّ أنّه لا خيار للمشتري) الثاني؛ لأنّه قد رضيَ بالأكثر، فبالأقلّ أولى؛ بناءً على عرف التجّار.

والثاني: له الخيار؛ لأنّه قد يكون له غرضٌ بالشري بذلك القدر كانحلالِ تعليق، أو إبرارِ قسم، أو إنفاذِ وصيّة[٤].

ولو قلنا بعدم الحطّ فللمشتري الخيارُ جزماً؛ لأنّ البائع غرّه وأخدعه بالزيادة.

وعلى قول الحطّ لا خيار للبائع؛ لأنّ التلبيس من جانبه.

وفي وجه، أو قول: أنّ للبائع الخيارَ على قول الحطّ؛ لأنّه لم يسلَم له ما سمّاه في العقد[٥]. ولو كذب بخلف الأجل فقال: "اشتريتُه مؤجّلاً" وكان قد اشتراه حالًّا لم يثبت الأجلُ في حقّ المشتري الثاني، لكن له الخيار: فإن أجاز فيؤدّي الثمنَ حالًّا.

---

(١) الشفعة: هي تملك قهريّ للبقعة بما قام على المشتري بالشركة، اتّفاقاً والجوار عند الحنفية. ينظر: التعريفات (١/ ١٦٨).

(٢) أي: كما أنّ الوارث القاتل لمورّثه يحرم من الميراث منه عقوبةً له بنقيض قصده. ينظر: روضة الطالبين (٦/ ٣١).

(٣) والبيع صحيح على القولين؛ لأنه غره والتغرير لا يمنع الصحة كما لو روج عليه معيباً. مغني المحتاج (٢/ ٧٩).

(٤) مغني المحتاج (٢/ ١٠٤).

(٥) مغني المحتاج (٢/ ٧٩)، ولم يذكر الوجه القائل بعدم انعقاد البيع لغرابته، وذكره صاحب التقريب. نهاية المطلب (٥/ ٢٩٥).

(ولو كذب بالنقصان) بأن كان الثمن مائةً وعشرةً فقال: إنّه مائةٌ، وباعه بربح ده يازده (فصدّقه المشتري، فأصحُّ الوجهين أنّه لا يصحُّ البيعُ)؛ لأنّه على تقدير النقصان غبنٌ على البائع، ويتعذّر إمضاؤه مزيداً فيه العشرةُ؛ لأنّ العقد لا يحتمل الزيادة[١].

والثاني: يصحُّ العقدُ؛ كما لو كذب بالزيادة، ولا تثبتُ الزيادة على المائة، وللبائع الخيارُ؛ لئلاّ يُغبن، وهذا اختيار الماورديِّ[٢]، وقطع به الغزاليُّ في الوجيز[٣]، وصحّحه النوويُّ في المنهاج[٤].

وفي وجه: تثبت العشرة بربحها، ولا يلتفت إلى كذب البائع؛ عملاً بما في نفس الأمر، وللمشتري الخيار، دون البائع[٥].

(وإن كذّبه) المشتري وقال: الثمن مائةٌ في الأصل، وقولُك:- إنّه كان مائةً وعشرةً فغلطتَ بالنقصان- كذبٌ: (فإن لم يبيّن للغلط وجهاً مُخَيِّلاً) بكسرِ الياء وتشديدِها، أي: وجهاً يوقع في الخيال صدقَه (لم يقبل قولُه)؛ كما لو أقرّ بشيء ثمّ ناقض في قوله.

(ولو أقام عليه) أي: الغلط (بيّنةً لم تُسمع)؛ لأنّ البيّنة فرعُ الدعوى، مع أنّ قولَه الأوّل يكذّب بيّنته، وحينئذٍ يمضي العقدُ بدون الزيادةِ وربحِها، (وله) أي للبائع (تحليفُ المشتري على أنّه لا يعرف ذلك) أي: الغلطَ بالنقصان (على الأظهر) من الوجهين؛ تطييباً لنفسه، وإزاحةً لما يتوهّم من علم المشتري؛ إذ قد يقرّ بذلك عند التغليظ عليه بعرض اليمين عليه.

والثاني: أنّه ليس له ذلك؛ بناءً على بطلان قولِه رأساً، والتحليفُ من تتمّة الدعوى، فهو كالبينة.

---

(١) الوسيط (٣/ ١٦٧).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٢٨٣)، وكذلك اختيار والد إمام الحرمين. ينظر: نهاية المطلب (٥/ ٣٠١).

(٣) الوجيز في فقه الإمام الشافعي، لحجة الإسلام محمد الغزالي، ط. (١٣٩٩هـ-١٩٧٩م)، دار المعرفة-بيروت: (١/ ١٤٧).

(٤) حيث قال: فلو قال بمائة فبان بتسعين فالأظهر أنه يحط الزيادةُ وربحها، وأنه لا خيار للمشتري. ينظر: المنهاج (١/ ٥٠).

(٥) وقال البغوي: ولو كذب في ثمن البيع الأول لم يصح التولية ولا التشريك، ولم يفرق بين الكذب بالزيادة والنقصان. ينظر: التهذيب (٣/ ٤٨٩).

فعلى الأوّل لو حلف المشتري أُمضيَ البيعُ على ما حلف عليه، وإن نكل[1] رُدّت اليمينُ على البائع؛ لأنّ اليمين المردودةَ كإقرار المدّعى عليه[2]، فيحلف أنّ ثمنَه مائةٌ وعشرة، فيمضي العقد بها وبربحها لو أجاز المشتري، ولو فسخ فبها.

قال المصنّف والنووي: هكذا قيل، ومقتضى قولنا أنّ اليمين المردودة بمنزلة الإقرار أن يعود فيه ما ذكرنا في حالة التصديق[3]، [أي:] من أنّ الأصحّ بطلانُ العقد.

(وإن بيّن) البائع **(للغلط وجها مخيّلاً)** بأن قال: راجعتُ رسم القَبالة[4] فغلطتُ من ثمن متاع إلى غيره، أو ما اشتريتُه بنفسي إنّما اشتراه وكيلي فأخبِرتُ بأنّه اشتراه بكذا، ثمّ لمّا شافهتُه فقال: إنّما اشتريته بكذا، ونحوِ ذلك **(فله التحليفُ)** أي: للبائع تحليف المشتري **(بلا خلافٍ على الطريق الأصحّ)**[5]؛ لأنّ الوجه المخيّل يُحرّك الظنونَ على صدق البائع.

والطريق الثاني: طردُ الخلاف الذي فيما لم يبيّن للغلط وجهاً.

(وأظهرُ الوجهين أنّ بيّنته) على الغلط **(تُسمع أيضا)**؛ كما أنّ له التحليفَ بناءً على صحّة الدعوى حينئذٍ، والبيّنةُ فرعُ الدعوى فيقيمها على أنّ الثمن مائةٌ وعشرة، فإن أجاز المشتري أجاز بالجميع وربحها، وإن فسخ فله ذلك.

والثاني: أنّه لا تُسمع بيّنتُه؛ لأنّ قوله الأوّلَ يكذّبها، ولا اعتبار لبيان الوجه المخيّل؛ لاحتمال كذبه فيه أيضاً.

---

(١) النكول في الاستحلاف- من باب دخل- أصله: الجبن، ومراد الفقهاء منه هو: الامتناع عن اليمين. طلبة الطلبة في الإصطلاحات الفقهية، لنجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي (ت:٥٣٧هـ)، تحقيق: خالد عبد الرحمن العك، (١٤١٦هـ-١٩٩٥م)-دار النفائس - عمان: (١/ ١٣١).

(٢) كالإقرار أو كالبينة قولان: أظهرهما الأول. المنثور في القواعد (٣/ ٢٨٣).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٥٣٥)، والشرح الكبير للرافعي، ط. دار المعرفة (٩/ ١٦).

(٤) القبالة بالفتح: اسم للمكتوب لما يلتزمه الإنسان من عمل ودين وغيرهما. التعاريف (١/ ٥٧٠)، وسيأتي من الشارح تعريفها.

(٥) الطرق: اختلاف الرواة في حكاية المذهب: فيقول بعضهم: في المسألة قولان أو وجهان، ويقول الآخر: لا يجوز قولاً واحداً، أو وجهاً واحداً. الفتح المبين في مصطلحات الفقهاء والأصوليين، د. محمد ابراهيم، ط. (١): (١٤٢٦هـ)، دار السلام -مصر: (ص١٧١).

قال ابن الرفعة في المطلب، وصاحب الزاد[١]: إنّ هذا [هو] المنصوص عليه المشهور في المذهب، نقل عنه الجلال، وأقرّه[٢].

[بيع الأُصول والفروع والثمار]

(فصل) في بيان بيع الأصول: من الأرض والدار والبستان والقرية،والفروع: من الأشجار وسائر النباتات، فيبيّن التابعَ والمتبوعَ والمستقلَّ **(إذا قال: بعتُك هذه الأرض)** وهي أشهر أسماء الغبراء الذي ورد بها القرآن، سمِّيت بها؛ لأنّها تتأرّض ما فيها أي: تأكلُها وتُفنيها[٣] **(أو الساحةَ)** وهي ما انبسط من الأرض وراء العمارات لغةً[٤]، ويستعمل في المنبسط مطلقاً عرفاً **(أو البُقعةَ)** وهي قطعة من الأرض قد تغيّرت على ما كانت عليه عند الإحياء[٥]، والمراد هنا مطلق الأرض مُحياةً أو مَواتاً[٦] **(وفيها)** أي: فيما باع من الأرض **(أبنيةٌ)** غيرُ مسكونةٍ **(وأشجارٌ)** مستنبتةٌ، أو نابتةٌ بنفسها **(فأظهر الطرق)** الثلاثة **(أنّها)** أي: الأبنيةَ والأشجارَ **(تدخل في مطلق البيع، بخلاف ما لو رهَنَ الأرض وأطلق)**؛ لأنّ الملك في البيع قويّ يجوز أن يستتبع ما لا يستتبع غيرَه، بخلاف الرهن؛ فإنّه ليس فيه نقلُ الملك، بل إنّما هو وثيقةٌ فلا يستتبع غيره.

وهذا الطريق هو المنصوص، يعني الأمر فيها ما ذكر بلا طرد الخلاف[٧].

والطريق الثاني: فيها قولان: منصوصٌ ومخرّجٌ:

---

(١) نسب الشارح في خاتمة طبقاته كتابين باسم زاد المسير ومودع البيان إلى شخص باسم السلمي، ولم أهتد لا إليها ولا إلى مؤلفها.

(٢) ينظر: شرح جلال الدين المحلّي على المنهاج للنوويّ بحاشيتي قليوبي و عميرة (٢/ ٢٧٨).

(٣) والأرض مصدر أُرضت الخشبةُ- تؤرَض- أرضاً فهي مأروضة: إذا وقعت فيها الأُرضة وأكلتها. لسان (٧/ ١١٣).مادة: (أرض).

(٤) الساحة: الناحية، وهي أيضاً فضاء يكون بين دور الحي. لسان العرب (٢/ ٤٩٢).

(٥) والبُقعَةُ بالضَّمِّ وهُوَ الأَفصَحُ ويُفتَح عن أَبِي زَيدٍ: القِطعَةُ مِنَ الأَرضِ عَلَى غَيرِ هَيئَةِ القِطعَةِ الَّتِي إِلى جَنبِهَا. تاج العروس (٢٠/ ٣٤٧).

(٦) الموات ما لا مالك له ولا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها أو لغيرهما ممّا يمنع الانتفاع بها. التعريفات (١/ ٣٠٤).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٥/ ١٧٦).

أحدهما: تدخل في البيع والرهن؛ لأنّها[١] للدوام والثبات فتدخل تبعاً.

والثاني: لا تدخل فيهما؛ لأنّ اسم الأرض وما في معناها لا يتناول الأبنيةَ والأشجارَ[٢].

والطريقُ الثالث: القطعُ بعدم الدخول في البيع والرهن، وحُمل نصُّ الشافعيّ في دخولها في البيع على ما إذا قال: "بعتُكها بحقوقها"، وما نُقل في الرهن أيضاً على ما إذا قال: "رهنتُها بحقوقها".

ولا خلاف فيما إذا قال: "بعتُك الأرض بما فيها" فإنّها تدخل جزماً، أو قال: "دون ما فيها" فإنّه لا تدخل جزماً، وهكذا في الرهن[٣].

وفي وجه محكيٌّ عن ابن الحدّاد أنّ في قوله: "بحقوقها" لا تدخل الأبنية والأشجار؛ بناءً على أنّ حقوق الأرض هي الممرُّ، ومجرى الماء إليها، ونحوُ ذلك.

(**وأصولُ البقول**) أي: عروقُها الراسخة في الأرض (**التي تبقى في الأرض سنتين فصاعداً**)- أي: فيرتقي البقاءُ صاعداً، فهو ممّا يجب حذف عاملها سماعاً؛ لكثرة الاستعمال (**كالقَتّ**)، وهو نبت من جنس ما يتخذ منه العِظلِم[٤]، يقال له: "يونجه"، وهو يصلح لعلف الدوابّ أكثر ممّا يصلح غيرُه من النباتات، **والهندُباءِ**) وهي نبت يكون بحوالي مصر يؤكل تداوياً ويجعل حبّها في المعَاجين، وقد روي في فضلها أحاديث «**أنه تتنزّلُ عليها الرحمةُ في كلِّ ليلةٍ**»[٥] ويقال له بالفارسية: "كاسنه".

---

(١) أي: الأبنيةَ والأشجار. (منه).

(٢) وهي طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص الوكيل. الحاوي الكبير (٥/ ١٧٦).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٥٣٦)، و مغني المحتاج (٢/ ٨١).

(٤) العِظلِم بكسر العين واللام: عصارة شجر لونه كالنيل أخضر إلى الكدرة يصبغ به، و صبغ أحمر، وقيل هو الوسمة، قيل: هو بالفارسية: نيل، و يقال له: الوسمة، و قيل: هو البقم. والعظلمة شجرة غبراء ترتفع على ساق نحو الذراع ولها فروع في أطرافها كنور الكزبرة. ينظر: لسان العرب (١٢/ ٤١٢)، والمصباح المنير (٢/ ٤١٧).

(٥) رواه الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم (ت٣٦٠هـ) في المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، ط.: الثانية (١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م): مكتبة الزهراء-الموصل: (٣/ ١٣٠)، رقم (٢٨٩٢). والحديث ضعيف، ينظر: المغني عن حمل الأسفار، لأبي الفضل العراقي، تحقيق: أشرف عبد المقصود، ط.: الأولى،(١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، مكتبة طبرية - الرياض: (١/ ٦٥٤).

وما هو ببلداننا المسمّى: "كاسنه"[١] ليس بذلك، وإن كان حكمه حكم ذلك في البيع.

(والكَرَفس) بتقديم الفاء على السين[٢]، نبت له رائحة زكيّة وطعم حِرّيف[٣] يصلح حبّه للمعاجين ويؤكل إداماً إذا طُبخ وشيب بالرائب[٤]، أمّا الكُرسُف بتقديم السين على الفاء[٥] فهو القطن الحجازيّ.

وفي معنى الثلاث المذكور الرازيانج، والطرخون[٦]، والنعناع[٧]، والبنفسج[٨]، والسنبل[٩]

---

(١) الذي في القواميس عدم الفرق بين كاسنة وكاسني، بل فيها أنه نبت يسمى أيضاً عند الأكراد: "ضه- قضهكه"، وعند الفرس: كاسني. ينظر مثلاً: (فرهنگ گياهان داروبي) قاموس الأعساب الطبية، جمع وتحقيق:= السيد شهاب الخضري الطبعة الثانية (١٣٨٧هـ.ش) مطبعة سيمرغ طهران: (٤٧٣)، و(ههنبانه بورينه) أي: الهميان الأعفر قاموس كردي فارسي من تأليف عبد الرحمن شرفكندي (ههژار)، الطبعة السادسة (ص٦٠٠).

(٢) هو على وزن جعفر أو بفتح الكاف والراء، معرّب. والكرفس أصناف كثيرة فمنها الكرفس الجبلي وهو نبات له ساق طوله شبر وأصله دقيق وحول أصله قضبان عليها رؤوس شبيهة برؤوس الخشخاش إلا أنها أدقّ منها وثمرته مستطيلة حريفة طيبة الرائحة وقد ينبت في صخور وأماكن جبلية. ينظر: تاج العروس (١٦/ ٤٤٦)، والقانون في الطب، لأبي علي الحسين بن علي بن سينا (ت٤٢٨هـ)، تحقيق: وضع حواشيه محمد أمين الضناوي (١/ ٥٢٨)، والمصباح المنير (٢/ ٥٢٩).

(٣) الحَرافةُ: طَعم يُحرِقُ اللِّسانَ والفَم. لسان العرب (٩/ ٤١).

(٤) الشوب: الخلط، شاب الشيءَ شوباً: خلَطه. لسان العرب (١/ ٥١٠) مادّة: شوب، الروب: اللبن الرائب، وقيل: الرائب الذي يمخض فيخرج زبده. لسان العرب (١/ ٤٣٩). مادّة: (روب).

(٥) هو بضمّ الكاف والسين على وزن عصفُر، أو بزيادة واو بين السين والفاء. تاج العروس (٢٤/ ٣٠٢).

(٦) الطرخون: بقلة زراعية معمّرة من الفصيلة المركبة الأنبوبية الزهر، تزرع لرائحة أوراقها، وهذه الأوراق تؤكل وهي خضر مع الطعام، ويسمّى أيضاً: الحوذان. المعجم الوسيط (٢/ ٥٥٣).

(٧) بَقْلٌ معرُوفٌ طَيِّبُ الرِّيحِ والطَّعمِ فيه حَرارَةٌ على اللِّسانِ. تاج العروس (٢٢/ ٢٦٥).

(٨) البنفسج: نبات زهري من جنس فيولا من الفصيلة البنفسجية يزرع للزينة و لزهوره، عطر الرائحة. المعجم الوسيط (١/ ٧١).

(٩) والسُّنبُلُ، كقُنفُذٍ: نَباتٌ طَيِّبُ الرَّائِحَةِ، ويُسَمَّى سُنبُلَ العَصافِيرِ تاج العروس (٢٩/ ٢٣١)، والناردين وهو نبات يستخرج من جذور بعض أنواعه عطر. المعجم الوسيط (١/ ٤٥٣).

والنيلوفر[١]، والنرجس[٢] والقرض، والكشاصون[٣]، والجرانيون، والجرجير[٤]، والنومقلاء[٥]، والبرنجيون، والاسطاطوس، والنمام[٦]، والأطليون، والبالياء، والبرنيون، والماراثن[٧]، والأنيون[٨]، وقصب الأقلامِ والسكّرِ[٩]، وغيرُها- **(كالأشجار)** في جريان الخلاف وطرد الطرق.

[وفيها وجهٌ]: أنّها تدخل بلا طرد الخلاف؛ لأنّها أشدّ تبعاً من الأشجار.

فإذا قلنا بالدخول فما ظهر منها لا بدّ أن يشترط قطعُها؛ لئلاّ يختلط الحقان، ثمّ بعد القطع ما نما فهو للمشتري.

واستثنى في التتمّة القصب؛ فإنّه لا يجوز أن يشترط قطعها إلاّ إذا كان الظاهر ممّا ينتفع به، ولم يذكره المصنّف في الشرحين[١٠].

(وما يؤخذ دفعةً واحدةً كالحنطة والشعير) وسائر الزروع كالأرزّ والعدس والحمص

---

(١) النِيلوفَر بكسر النون و ضم اللام: نبات معروف، كلمة عجمية، قيل مركبة من نيل الذي يصبغ به، وفر اسم الجناح، فكأنّه قيل: مجنّح بنيل؛ لأن الورقة كأنها مصبوغة الجناحين، ومنهم من يفتح النون مع ضم اللام. المصباح المنير (٢/ ٦٣٢).

(٢) النرجس: نبت من الرياحين، وهو من الفصيلة النرجسية، ومنه أنواع تزرع لجمال زهرها وطيب رائحته، وزهرته تشبه بها الأعين، واحدته: نرجسة. المعجم الوسيط (٢/ ٩١٢).

(٣) بحثت عن معنى القرض والكشاصون في المعاجم وكتب الطب القديم فلم أهتد إليه.

(٤) الجرجير: بقل من الفصيلة الصليبية حولي ينبت في المناطق المعتدلة حرّيف. المعجم الوسيط (١/ ١١٤).

(٥) في (ا): "والقومقلاء"، وفي (ج): "والنومقلا" بالقصر، وفي (ب) و (د): "والنومقلاء" بالهمز، ولم أجد واحداً منها في المعاجم.

(٦) النمام: نبت طيّب مخرج الجنين الميّت والدود، ويقتل القمل، وخاصيته النفع من لسع الزنابير. القاموس المحيط (١/ ١٥٠٣).

(٧) في (ب): وفي (ش): "والماراش".

(٨) من النومقلاء إلى الأنيون أسماءلنباتات لم أجد تعاريفها في المعاجم سوى النمام.

(٩) وقصب السكر الفارسي صلب غليظ يعمل منه المزامير ويسقف به البيوت، ومن القصب ما تتخذ منه الأقلام. ينظر: المصباح المنير (٢/ ٥٠٤).

(١٠) المراد بالتتمة: تتمة الإبانة لأبي سعيد المتولي. ينظر: أسماء الكتب، لعبد اللطيف بن محمد رياض زادة (ت١٠٨٧هـ)، تحقيق: د. محمد التونجي، (١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م)، ط.: الثالثة: دار الفكر- دمشق/ سورية: (١/ ٨١)، ولم أحصل على هذا الجزء من التتمّة. وينظر: كنز الراغبين (٢/ ٢٨٠).

والـذرّة والجـاورس[١] (وسـائرِ المزروعـات) مـن البقـول كالشـلجم والجـزر والفجـل والسلق والقنبيـط[٢] والاسـفناخ والبصـل، وكـذا الثـوم (لا تدخـل في مطلـق بيـع الأرض)؛ لأنّهـا ليسـت للـدوام والثبـات، فهـي كالأمتعـة المنقولـة في الـدار.

ومحلُّـه في الثـوم فيـما إذا كان مَسـتنبتاً [بُسـتانيّاً]، أمّـا إذا كان نابتـا جبليّـاً كـما يكـون في المـروج[٣] في بلادنـا[٤] فهـو مـن القسـم الأوّل.

(ويجوز بيـع الأرض المزروعـة) [أي:] التـي نبـت مـا [ذرّ][٥] فيهـا [مـن] البـذر، ولا يقـال: إنّهـا مزروعـة حتّـى يخـرج الشـطءُ[٦]،[وقبلَه] محروثـةٌ[٧] (عـلى الأصـحّ) مـن الطريقـين؛ قياسـاً للـزرع عـلى الأمتعـة الموضوعـة في [نحـو] الـدار.

والطريق الثاني: طرد القولين فيما إذا باع الدار أو الأرض المستأجَرة بغير المستأجِر[٨].

وأجـاب أصحـاب الطريـق الأوّل: بـأنّ ثمّـة يـدُ المسـتأجِر حائلـةٌ تمنـع مـن التسـليم الـذي هـو التخليـة، بخـلاف هنـا.

(وللمشـتري الخيـارُ إن جهِـل الحـالَ) بـأن رآهـا قبـل الـزرع بزمـانٍ لا يتغـيّر فيهـا غالبـاً ثـمّ اشـتراها بنـاءً عـلى تلـك الرؤيـة، وإنّـما [يثبـت] لـه الخيـار؛ لانتفـاء كـمال الانتفـاع في الحـال.

(ولا يمنـع الـزرعُ) النابـت (دخـولَ الأرض في يـد المشـتري إذا حصلـت التخليـةُ عـلى

---

(١) الجاوَرس بفتح الواو: حبٌّ يشبه الذرّة وهو أصغر منها، وقيل: نوع من الدخن. المصباح المنير (١/ ٩٧).

(٢) ويسمى عند الأكراد: قهرنابيت.

(٣) المرج أرض ذات نبات و مرعى، و الجمع: مروج. المصباح المنير (٢/ ٥٦٧).

(٤) يقصد الشارح ببلاده المنطقة الحدودية الشرقية من إيران المتاخمة لمنطقة السليمانية من العراق الحالي.

(٥) ذرر- ذرَّ الشيءَ يذُرُّه: أخذه بأطراف أصابعه ثم نثَره على الشيء، و ذرَّ الشيءَ يذُرُّه: إذا بدّده. لسان العرب (٤/ ٣٠٣).

(٦) والشطءُ: فرخ الزرع والنخل، وقيل: هو ورق الزرع، ......، وجمعه شُطوءٌ. لسان العرب (١/ ١٠٠).

(٧) من نكات الشارح اللغوية وانفراداته بين شراح الفقه واللغويين، فلم أجد هذا الفرق في كتب اللغة ولكن وجدته في كتب التفسير، فقد قال الفخر الرازي: الفرق بين الحرث والزرع هو: أن الحرث أوائل الزرع ومقدماته من كراب الأرض وإلقاء البذر وسقي المبذور، والزرع هو آخر الحرث من خروج النبات واستغلاظه واستوائه= على الساق. التفسير الكبير لفخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي (ت٦٠٤هـ)، ط: الأولى - (١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م): دار الكتب العلمية- بيروت: (٢٩/ ١٥٧).

(٨) روضة الطالبين (٣/ ٥٣٧).

الأصحّ) من الوجهين؛ لحصول التسليم في رقبة الأرض، وقد يصلح بعض بياضها وأطرافها للغرس ونحوه.

والثاني: لا تدخل حتّى تفرغ منها؛ كما يشترط فراغُها وفراغُ الدار من أمتعة البائع[١].

وأجيب: بأنّ [الاستفرغ] عن الأمتعة ممكنٌ في الحال بخلاف الزرع، وإليه أشار بقوله: (**بخلاف ما مرّ في الأمتعة**) حيث يشترط في قبض العقار فراغُها منها[٢].

ومحلُّ الخلاف في زرع لا يبقى سنتين فأكثر، فإن كان ممّا يبقى فيها فلا خلاف في بيع الأرض المزروعة فيها، وفي تبعها إياها ما مرّ في الأشجار ونحوها[٣].

(**والبذورُ**) بالذال المعجمة التي ذُرّت ولم تنبُت بعدُ (**كالزروع**) التي نبتت[٤]- في الدخول في مطلق البيع وعدمه، حتّى لو كان البذر ممّا [إذا] نبت دام سنتين فصاعداً فهو كالأشجارِ والزرعِ الّذي لا يؤخذ دفعةً واحدةً، وذلك كبذر [الكُرّاث][٥]، ونواة المشمش والإجّاص، وبذر الشهدانَج[٦] والرازيانَج ونحوها، وإن كان ممّا إذا نبت لم يدم سنتين ويؤخذ دفعةً [لم يدخل] في البيع ويبقى إلى الحصاد والأخذ، وللمشتري الخيار إذا جهل.

ولو [سامح] البائع بالبذر [لسقط] خياره ووجب القبول.

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٣٧).

(٢) مرّ ذلك في الوضوح في فصل، المبيع قبل قبضه من ضمان البائع" الصحيفة (٤٦) من مخطوطة مكتبة الحاج خالص.

(٣) أي: في أنّه لا يمنع القبض في الأرض. (منه).

(٤) الزَّرع طرح البَذر في الأرض. والزَّرع اسمٌ لِمَا نبت. والأصل في ذلك كلّه واحد. ينظر: معجم مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الطبعة: (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م)- دار الفكر: (٣/ ٥١).

(٥) الكرَّاثُ كرُمّانٍ وكَتّانٍ -الأخيرة عن كُراع-: بَقلٌ معروفٌ خَبيثُ الرّائِحَةِ كَرِيهُ العَرقِ، ويقال فيه أيضاً الكَرَاثُ بالتَّخفِيف والفتح، قاله أبو عليّ القالِي. تاج العروس (٥/ ٣٣٢) مادّة: "(كرث)".

(٦) الشَّهدَانِجُ -بفتح الشِّين وكسر النُّون، ويقال شَاهدَانِجُ بزيادة الألَف بعد الشين، وفي ما لا يَسَعَ الطَّبِيبَ جَهلُه: ويُقَال له: شاهدانِكُ وشاهدانق بالكاف والقاف قال: والكُلُّ مُعرَّب عن شاه دَانه، ومعناه: سُلطَانُ الحَبِّ، ويُعَبِّرُون في كتب الطِّبِّ بأنه: حُبُّ القِنَّبِ بكسرِ فَنُونٍ مُشدَّدَة، وفي المُغرِب: أنه بَذرُ القِنَّب. تاج العروس (٦/ ٦٨).

وهو من قبيل الإباحة[1] فلا يشترط العلم بقدرها للمشتري.

وإن كان ممّا يمكن التقاطه كالنواة وذهب البائع يلتقطها سقط حقّ خيار المشتري أيضاً.

(والأظهرُ) من الوجهين **(أنه لا أجرةَ للمشتري في مدّة بقاء الزرع في الأرض المشتراة)** [أي: التي] جهل بها فأجاز، أو اشتراها مع العلم بأنّها مزروعةٌ؛ قياساً على ما [إذا أجاز] بيع المبيع المعيب بعد ما علم العيبَ؛ فإنّه لا أرش له، [فكذلك] هنا لا أجرةَ له، ولأنّ البائع حين زرَعه إنّما زرَعه في ملك نفسه فلا مؤاخذةَ به.

والثاني: له الأجرة؛ لئلّا يفوت حقُّه فيما وفَّر ثمنَه، وصحّحه الغزاليّ وعلّله بأنّ المنافع متميّزة عن المعقود عليه، فليست كالعيب[2].

وبه أجاب ابن الرفعة[3]، لكن نقل الجلاليّ عن أصل الروضة قطعَ الجمهور بالأوّلِ من غير جري خلافٍ، والبقاءِ إلى الحصاد أو القلع[4].

(وإذا بيع الأرض مع الزرع الذي لا ينفرد[5] بالبيع) وهو كلّ ما لا يظهر مقصوده وكان قبل الاشتداد[6] **(أو بيع مع البذر)** صفقةً واحدةً **(فأصحُّ الطريقين بطلانُ البيع في الكلّ)** بلا خلاف؛ للجهل بما يقابل أحدَ المقصودين فيتعذّر التوزيع لو حكمنا بصحّة بيع الأرض.

(و) الطريقُ **(الثاني: يخرّج)** أي: يقاس **(بيعُ الأرض على قولي تفريق الصفقة)** فيصحّ في أحد القولين، وتكون الإجازة بجميع الثمن؛ لتعذّر التوزيع.

---

(١) الإباحة: الإذن في الفعل والترك. التعاريف (١/ ٢٧).

(٢) جاء التصحيح في كتابه الوجيز، والتعليل في كتابه الآخر: البسيط. ينظر: الوجيز (١/ ١٤٨).

(٣) سبقت ترجمته، وهو صاحب كتاب المطلب العالي، ولم أحصل عليه، وفي كتابه كفاية النبيه ما يخالف ذلك، ولكن ليس كلامه في صورة الإجابة، ينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه، تأليف: أبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد (ابن الرفعة)، المتوفي (٧١٠هـ)، تحقيق: د. مجدي محمد سرور، الطبعة الأولى (٢٠٠٩م)، -دار الكتب العلمية- بيوت-لبنان: (٩/ ١٨٤-١٨٥).

(٤) شرح الجلال المحلي على المنهاج بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٢٨١)، والروضة (٣/ ٥٤٢).

(٥) في (ب) و(ش): "لا يفرد"، وهو محتمل.

(٦) يقصد اشتداد الحبّ.

وحقُّ العبارة أن يقدّم "البذر" على صفة الزرع، وهو قوله: "الذي لا ينفرد بالبيع" لتعود الصفة على البذر أيضاً؛ ليخرج بها ما إذا رؤي البذر قبل العقد ولم يمضِ زمان يتغيّر فيه وهو قادر على التقاطه فإنّه يُفرد بالبيع، وكأنّ المصنّفَ لم يراعِ ذلك؛ لقلّة وقوعها، ولذا أُطلِق في الكبير والروضة البذرُ من غير توصيف[1].

(**والحجارةُ المخلوقةُ في الأرض**) أي: الباقيةُ على ما كانت عليها من الأماكن والأوضاع؛ وإلاّ فجميع الحجارة مخلوقة (**تدخل في البيع مطلقاً**)؛ لأنّها من أجزاء الأرض خلقةً، فلا وجه لإخراجها، وإنّما لم يذكر المبنيّةَ في اتّخاذِ الدكان وتسويةِ الأرض وجمعِها لعروش الكروم؛ اكتفاءً بما ذكر في دخول الأبنية.

(**والمدفونةُ**) أي: الموضوعةُ لا لإصلاحِ الأرض، ولا لعروشِ الكروم، بل لما إذا احتيج إليها استعملت (**لا تدخلُ**) في مطلق البيع؛ لأنّها بانفرادها بالقصد عن الأرض صارت كالدفائن والكنوز وإن ثبّتت في الأرض.

وقيل: إن ثبتت فهي كسائر الأجزاء، وعليه الفتوى.

ولو شرط دخولها فإن كانت معلومة للمتبايعين صحّ البيع، وإلاّ فهو كبيع الأرض مع البذر في صفقة واحدة، وقد مرّ أنّ الطريق الأصحّ بطلان البيع في الكلّ[2].

(**ولا خيار للمشتري إن علم به**) أي: بعدم دخولها في البيع؛ لرضائه بشري الأرض بدونها، ويجبر البائع على النقل؛ إذ لا ضرر على الأحجار بالنقل، فلا تقاس على الزرع.

(**وإن كان المشتري جاهلاً بعدم دخولها في الأرض ولا يضرّ قلعُها بالأرض فكذلك الجواب**) أي: لا خيار للمشتري ويجبر البائع على النقل.

(**وإن ضرَّ قلعُها بالأرض**) بأن يخرب بقلعها مجرى الماء أو ممرُّ الأرض (**فله الخيار**) لدفع الضرر (**فإن إجاز فعلى البائع النقلُ وتسويةُ الأرض**) بأن يعيد التراب المزال عند

---

(١) العزيز ط دارالفكر (٩/ ٨٥)، و ط العلمية (٤/ ٣٥٤)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٦٠).

(٢) قبل سطور في قول المصنّف: **وإذا بيع الأرض مع الزرع الذي لا ينفرد بالبيع**.....قبل بيان حكم الحجارة المخلوقة في الأرض.

القلع إلى مكانه، هكذا قال ابن الرفعة[١]، ويفهم منه أنّه لا يجب عليه أن يأتي بتراب آخر لينظّم به الوهدة[٢] الباقية في موضع الحجارة، ولفظ الكتاب ينافي ذلك[٣].

ويفهم من إطلاقه أنّه إذا لم يضرّ قلعها لا خيار له، سواءٌ ضرّ تركها أو لا، وإذا ضرّ قلعها فله الخيار، ضرّ تركها أو لا.

وفي كلام ابن الملقّن أنّ له الخيار على أيّ وجهٍ ضرّ، سواءٌ القلع أو الترك أو كلاهما معاً.

(**[وفي وجوب] أجرة المثل**) على البائع للمشتري (**لمدّة النقل**) على الفراغ ثلاثة أوجهٍ: **أظهرها**: الفرق بين أن يكون النقل (**قبل القبض فلا تجب الأجرة**)؛ لأنّه نقل في زمانٍ لو تلف لكان في ضمانه، وليس للمشتري تسلّطٌ عليه فلا تفويت عليه، فهي بمنزلة جنايةٍ وقعت قبل القبض، (**أو بعده فتجب**)؛ لأنّ النقل مفوّت لمنفعة المشتري في تلك المدّة.

والثاني: تجب قبل القبض وبعده، أمّا بعده فظاهر، وأمّا قبله فعلى ما يقال: إنّ جناية البائع قبل القبض كجناية الأجنبيّ، لا كآفة سماويّة.

والثالث: قبل القبض وبعده لا تجب؛ لأنّ إجازة المشتري في إمضاء البيع رضاً بفوات المنفعة مدّة النقل، ولو بقي بعد التسوية عيب في الأرض ففي وجوب الأرش على البائع الخلاف.

(**ويدخل في بيع البستان**) مطلقاً: بأن قال: "بعتك هذا البستانَ" - وهو الحديقة المشتملة على الأشجار المثمرة وغير المثمرة، ويرادفه الباغ؛ فإنّه عجمي معرّب. وقد يقال: الباغ أعمّ من البستان؛ لأنّه يقال على المغروس وغير المغروس، بخلاف البستان[٤] (**الأرضُ والأشجارُ**) مثمرةً وغيرَها (**والحيطانُ**) من التراب وغيره من

---

(١) سبقت ترجمته، ولم أحصل على المطلب العالي، والمسألة لم أجدها في كفاية النبيه.

(٢) والوهد: يكون اسماً للحفرة، والجمع: أوهُد و وُهدٌ و وهادٌ، والوهدة: الهوّة تكون في الأرض، ومكان وهد، وأرض وهدة كذلك، و الوهدة: -- النقرة المنتقرة في الأرض. لسان العرب (٣/ ٤٧١).

(٣) لأنّ تسوية الأرض لا تتمّ بالتراب المزال عند القلع فقط. الباحث.

(٤) قال الإمام النووي: قوله في الوسيط في باب بيع الأصول والثمار: اللفظ الثاني الباغ، هو بالباء الموحدة

العثاكل[1] والشوك؛ لأنّها من أجزاء البستان داخلة في اسمه.

(**وفي دخول البناء**) في مطلق بيع البستان (**الخلافُ**) الّذي مرّ (**في دخوله في بيع الأرض مطلقاً**) يعني: الطرقَ المتقدّمة:

الأصحُّ: دخوله جزماً. **والثانيةُ**: عدم دخوله جزماً.

والثالث: طرد القولين: أحدُهما: الدخول، والثاني: عدمُه.

(**ويدخل في بيع القرية**) مطلقاً (**الأبنيةُ**) المسكونة وغير المسكونة (**والساحاتُ**) الخالية (**الّتي يحيط بها السورُ**)؛ لاشتمالِ القرية عليها ودخولِها في اسمها.

(**ولا تدخل**) في مطلق بيع القرية (**المزارعُ**) أي: مواضعُ الزرع وأماكنُ الحراثة؛ لأنّها لا تدخل في مسمّاها، ولذا لو حلف: "لا يدخل قريةً" لا يحنث بدخول مزارعها (**بل لابدّ من النصّ عليها**) أي: التلفظ بدخولها صريحاً، (**على الصحيح**) من الوجهين؛ لما ذكرنا[2].

والثاني: تدخل وإن لم ينصّ عليها؛ لأنّ منافع القرى إنّما تتمّ بالمزارع، [وتعدّ منها] في جواز نقل الزكاة، وبه قال الإمام في النهاية، والاسفراني في الزاد[3].

وقال أبو القاسم ابن كج: لو قال: بعتكها [بحقوقها] دخلت، وإلاّ فلا، واستغربهما المصنّف في الشرحين[4]، ولذا عبّر عن مقابلهما بالصحيح؛ تعريضاً[5] لفسادهما.

والغين المعجمة وهو البستان، وهي لفظة فارسية. انتهى. ولم أحصل على قائل القول بالعموم ولا على مصدره. ينظر: تهذيب الاسماء (٣/ ٣٢).

(١) جمع العثكال بالكسر أو العثكول بالضم، وهو: العذق وكل غصن من أغصانه شمراخ وهو الذي عليه البسر. ينظر: النهاية (٢/ ٥٠٠)/ شمرخ.

(٢) من قوله: لأنّها لا تدخل في مسمّاها، ولذا لو حلف: " لا يدخل قريةً " لا يحنث بدخول مزارعها.

(٣) نهاية المطلب (٥/ ١٢٨). هذا، ومن الكتب والمصادر التي لم أحصل على معلومات عنها، وفي كل النسخ: " الاسفراني "، والشائع الاسفرائيني، ومن العلماء المشهورين بالاسفرائيني: ١- إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني. ٢- أحمد بن محمد ابن أحمد أبو حامد الإسفرايني. ولم أجد في مؤلفاتهما اسم الزاد أو زاد المسير.

(٤) العزيز (٩/ ٣١) ط. دار الفكر: وفى النهاية: أنها تدخل، وذكر القاضى ابن كج: أنها تدخل إذا قال بحقوقها. وهما غريبان.

(٥) التعريض في الكلام ما يفهم به السامع مراده من غير تصريح. التعريفات (١/ ٨٥).

وفي الأشجار الواقعة في القرية باطنَ السور الخلاف المارّ في دخولها في بيع الأرض، والأصحّ الدخول.

(ويدخل في) مطلق (بيعِ الدار الأرضُ والأبنيةُ على تنوّعها) من الغرفات والبيوت والمخازن والمخادر[1].

ولّما كان في الحمّام وجهٌ ضعيفٌ خصّه بالذكر، فقال: (حتّى الحمّامُ فيها) أي: المتّخذُ بالأحجار والآجرّ واللبِن؛ لأنّها مبنيّةٌ من جنس الدار معدودةٌ من أجزائها جعلت لمرافقها[2]. [وأمّا الحمّامُ المتّخذُ من الأخشاب والجلودِ والسرادقةِ[3] فلا تدخل جزماً.

وفي وجهٍ: لا تدخل] مطلقاً؛ لامتيازها عن الدار بالاسم والمنفعة.

ولا تدخل البساتين المتّصلة، كالحجرة والرحبة، والساحة المتّصلات بها، وفيها وجه[4].

ولو كان في وسط الدار أو فيها يعدّ منها أشجارٌ هي على الخلاف المارّ[5]، ونقل الجلاليّ عن الإمام ثلاثة أوجه: ثالثها: الفرق بين أن يكون بحيث تسمّى بستاناً في الدار لم تدخل؛ لامتيازها بالاسم، وإلاّ دخلت[6].

(ولا تدخل المنقولاتُ) كما لا يدخل سائر الأمتعة (كالدلوِ) وهو ما يستقى به الماءُ، يتّخذ من الجلود.

(والبكرةِ) أي: بكرة البئر، والقناديل، وضبطُ الجلاليّ بسكون الكاف[7]، وهي:

---

(١) الظاهر: أنّه اسم مكان بمعنى مكان الخدر. وفي لسان العرب (٤/ ٢٣٠) مادّة: خدر: الخدر: ستر يمدّ للجارية في ناحية البيت، ثم صار كل ما واراك من بيت ونحوه خدراً والجمع خدور و أخدار، و أخادير جمع الجمع. انتهى.

(٢) أي: لمنفعة الدار. منه..

(٣) الظاهر أنّه السرادق كعُلابِطٍ، وهو: الذِي يُمَد فَوقَ صحنِ البَيتِ، أو: صَحنُ الدّارِ، ، ينظر: تاج العروس (٢٥/ ٤٤١).

(٤) لم أحصل على مصدر يبين هذا الوجه.

(٥) في المزارع، والصحيح دخولها.ينظر: شرح الجلال المحلي (٢/ ٢٨٣).

(٦) ينظر: نهاية المطلب (٥/ ١٢٨)، وشرح جلال المحلّي بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٢٨٣).

(٧) شرح جلال المحلّي على المنهاج بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٢٨٣).

ما يدور عليها رشاء الدلو، وأطناب القناديل **(والسرُر)** جمع سرير، وهي الألواح الموضوعة في الدار لبعض المصالح، ويدخل فيها الأرائك[١] والنمارق[٢].

(نعم) الأمر [على ما ذكر] في المنقولات لكن **(أصحُّ الوجهين دخولُ مفتاح المغلاق)**- إسم آلة من الغلق، وهو الشدّ، سمّي [القفل] مغلاقاً؛ لأنّه يشدّ به الأبوابُ- **(المثبتُ)** على ظهر الأبواب بالمسامير؛ لأنّ المفتاح وإن كان منقولاً إلاّ أنّه ممّا يقف عليه كمال التسليم مع كونه تابعاً للمثبت.

والثاني: أنّه لا يدخل؛ نظراً [إلى] أنّه منقولٌ كسائر المنقولات[٣]. واحترز بالمثبت عن أقفال الحديد الّتي تنقل مع مفاتيحها؛ فإنّها لا تدخل فضلاً عن مفاتيحها.

ويقاس على مفتاح المغلاق المثبت كلّ منفصل لا ينتفع بالمتّصل إلاّ به: كغطاء التنّور ومسعره[٤]، وما يوضع عليه دقاق الخبز فيضرب بها التنّور، ومسادٌّ أفواه البئر من الصناديق والسرر، ودراريبِ الحوانيت[٥]، ومجادفِ [الزوارق]، وآلاتِ السفن وغيرها، صرّح به محمود المصري.

(ويدخل في بيع الدار السقوفُ) جمع سقف **(والأبوابُ المنصوبة والحِلَقُ[٦] عليها)**؛ لأنّ السقف والباب من أجزاء البيت، ولذا يقف [الملك]في الإحياء على التسقيف

---

(١) ضمير فيها للمنقولات، المعنى المناسب هنا للأرِيكَةِ كسَفِينَةٍ: سَرِيرٌ مُنَجَّدٌ مُزَيَّنٌ في قُبَّةٍ أو بَيت. تاج العروس (٢٧/ ٣٩).

(٢) والنُّمرُق والنُّمرُقَة - مُثلّثة، أي: بتثليث النّون، الضمُّ هو المشهور-: الوِسادَةُ. تاج العروس (٢٦/ ٤٣٨-٤٣٩).

(٣) مغني المحتاج (٢/ ٨٥).

(٤) المسعر والمسعار: ما سُعرت به، ويقال لما تحرّك به النار من حديد أو خشب: مِسعَر ومسعار. لسان العرب (٤/ ٣٦٥).

(٥) قال ابن الهمام: ومن باع داراً دخل فى البيع مفاتيح أغلاقها المراد بالغلَق ما نسمّيه ضبةً، وهذا إذا كانت مركبةً لأنها تركب للبقاء لا إذا كانت موضوعة فى الدار ...، والمراد بهذه الألواح ما تسمى فى عرفنا بمصر: دراريب الدكان.....ينظر: شرح فتح القدير - - تأليف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت:٦٨١هـ) ، الطبعة: الثانية - دار الفكر - بيروت: (٦/ ٢٩٥).

(٦) حلقة الباب: ما يعلق عليه ليقرع بها، وهو بالفتح اللام وسكونها، والجمع حِلَقٌ. ينظر: لسان العرب (١٠/ ٦١)/ حلق. والمعجم الوسيط (١/ ١٩٣)

ونصب الأبواب إذا أراد اتّخاذ الموات داراً[1]، وإذا دخلت الأبواب دخلت الحِلَق عليها تبعاً.

واحترز بالمنصوبة عن غير المنصوبة، سواءٌ نُصبت ثمّ قُلعت أو لم تنصب أصلاً.

وفي الأولى وجه: أنّها تدخل؛ لأنّها كانت من الدار، فهي كآجرّ سقط [من] الجدار.

(**وكذا الإجّاناتُ**) - بكسر الهمزة وتشديد الجيم- ما يتّخذ من الألواح أو الأحجار كنحو بُركة فيغسل فيها الثياب ويدبغ فيها الجلود.

(**والرفوفُ المثبّتةُ**) قيدٌ للإجّانات أيضاً، والمراد بالمثبّتة من الإجّانات ما تشدّ أطرافها بوضعِ الأحجار عليها وطمِّها بالتراب والطين، ومن الرفوف ما وضعت من الألواح على الأوتاد المركوزة [في الجدُر] ثمّ سُمِّرت عليها، أو التصقت عليها بالطين أو الجصّ.

ولو لم تُثبّت ووضعت عليها بلا تسمير وتطيين لم تدخل جزماً.

ومنهم من [لم يقيّد] الإجّانات بالمثبتة؛ لأنّها لا تنقل عادةً وإن لم تثبت.

(**[والسلاليم]**) جمع سُلَّمٍ، وهو المرقى[2] (**المسمّرةُ**) أي: المشدودة بالمسامير، سواءٌ المسامير من الحديد أو الخشب، (**والتحتانيُّ من حجر الرحى**[3] **في أصحّ الوجهين**) - راجع إلى الإجّانات وما بعدها -؛ نظراً إلى أنّها ثابتات، فهي كسائر أجزاء البيت.

والثاني: أنّها لا تدخل[4]؛ لامتيازها عن الدار بالأسماء.

ورُدّ: بأنّها وإن لم تدخل في اسم الدار لكنّها تضاف إليها فيقال: رفوف الدار، سلّم الدار، إلى آخرها، كما يقال: سقف الدار، باب الدار.

(**وإذا دخل التحتانيُّ منهما دخل الفوقانيُّ**) أيضاً (**على الأصحّ**) من الوجهين[5]؛ لأنّ

---

(١) على الصحيح فيهما. ينظر: روضة الطالبين (٥/ ٢٨٩).

(٢) السُّلّم كَسُكَّر: المِرقَاةُ. تاج العروس (٣٢/ ٣٨٣).

(٣) الأولى: "حجري الرحى" بالتثنية بقرينة قوله بعدُ: "منهما".

(٤) لا يدخل لأنه منقول: مغني المحتاج (٢/ ٨٤).

(٥) الإمام جعل الوجوه ثلاثة: أحدها: عدم دخولها، والثاني: دخولها، والثالث: دخول الأسفل فقط. نهاية المطلب (٥/ ١٢٦).

نفع التحتانيّ موقوفٌ على الفوقانيّ، فيتبعها في الدخول.

والثاني: لا يدخلُ؛ لأنّه منقولٌ، وتبعُ أحدهما الآخر ترجيحٌ بلا مرجّح، فليفرد كلٌّ بحكمه. **وهو قويٌّ جدّاً**(١).

(**ويدخل نعلُ الدابّة في**) مطلق (**بيعِها**)؛ لجري العادة ببيعها معه، بل قد يؤخّرُ البيع إلى أن تُنعّل؛ ترغيباً في بيعها، مع أنّه متّصل بها، إلاّ أن يكون النعل من ذهب أو فضّة، فإنّه لا يدخل في بيعها؛ لأنّه خلاف العادة، ولو لم يقابلها ثمنٌ غُبن صاحبُها غُبناً فاحشاً.

ومنهم من لا يستثني ذلك أيضاً؛ لأنّ البائعَ إذا لم ينصّ عليه والحالةُ هذه [فقد رضي] ببيعه معَها.

(**والأشبه**) بالحقّ من ثلاثة أوجهٍ: (**دخولُ الثياب في**) مطلق (**بيع العبد**)؛ اتّباعاً للعرف، صحّحه الغزاليّ في الوجيز(٢).

والثاني: لا يدخل؛ لأنّهما جنسان مستقلّان جعل أحدهما وقاية الآخر أو زينته، فهو كسرج الدابّة ولجامها، وبه قال صاحب التهذيب، وصحّحه النوويّ، ورجّحه المصنّف في الشرح الكبير مستدركاً للغزاليّ على تصحيحه(٣).

والثالث: يدخل ما لا بدّ منه لستر العورة والتوقية من الحرّ والبرد، ولا يدخل ما كان للزينة والتنعّم.

والأمة كالعبد. والقرط والخاتم والسوار والخلخال لا تدخل جزماً، كالتعاويذ(٤) والهياكل(٥).

---

(١) من ترجيحات الشارح للقول المرجوح عند غيره اعتماداً على ما ذهب هوَ إليه.

(٢) الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي (١/ ١٤٩)، قال: والوجه الصحيح تحكيم العرف.

(٣) التهذيب (٣/ ٤٧٨)، والروضة (٣/ ٥٤٦)، والعزيز ط العلمية (٤/ ٣٣٨)وبهامش المجموع (٩/ ٣٧).

(٤) و العوذة و المعاذة و التعويذ: الرقية يرقى بها الإنسان من فزع أو جنون؛ لأنه يعاذ بها. لسان العرب (٣/ ٤٩٩) مادة (عوذ).

(٥) هيكل: صيغة سحرية.. تكملة المعاجم العربية (١١/ ٣٤)

ومنهم من جعل المداسَ، أي: المكاعبَ[١] والنعالَ، أي: الطاقةَ المشدودةَ على الرجل بالشرَج[٢] كالقرط والخاتم ونحوها[٣]، وجعلها في النجم الوهّاج كالثياب[٤].

***

بيع الأشجار والثمار

(فصل: إذا باع شجرةً) لا بشرط قطع (دخل) في البيع (عروقُها واغصانُها)؛ لأنّها هي الشجرة، ولا حاجة إلى التعرّض لها، إلاّ أنّها ذكرها؛ توطئةً لما بعدَها، إلاّ الغصن اليابس فإنّه لا يدخل؛ لاستقلالها بالانتفاع في جري العادة بقطعها، فأشبه الثمرة (وأوراقُها) أي: ويدخل أوراقها؛ لأنّها من أجزائها كريش الطائر، سواءٌ اليابسة أو الرطبة.

(وفي أوراق شجرة الفرصاد) وهي التوت الأبيض- الأنثى[٥]، -ذكره ابن الرفعة[٦] (وجهٌ) أنّها لا تدخل في بيعها عند الإطلاق؛ إذ لها فائدة مستقلّة، وهي تربية دود القزّ[٧].

ومحلّه في الربيعيّ في أوّل أوان توريقها بشرط أن يكون التوت أبيض أنثى كما نقلنا.

أمّا الخريفيّ أو ورق الأحمر والأسود تدخل جزماً؛ إذ لا فائدةَ يعتدُّ بها مستقلّةً.

وكذا أوراق الذكر من الأبيض، وهو الذي لا يُثمر، فإنّ ورقه يضرّ بالدود[٨].

ويجري الخلاف في أوراق شجرة النبق، وهي السدر العراقيّ[٩]؛ لأنّ أوراقها تُدقّ

---

(١) المكعب: وزان مِقوَد: المداس لا يبلغ الكعبين، غير عربي. المصباح المنير (٢/ ٥٣٥).

(٢) "الشَّرَج محُرَّكةً : العُرَى": عُرَى المُصحَفِ والعَيبَةِ والخِباءِ ونحو ذلك. تاج العروس (١/ ١٤٤١)، مادة: (شرج).

(٣) أي: قال: لا تدخل في بيعه جزماً. ينظر: المجموع، ط. سنة (١٤١٥هـ) دار إحياء: (١٠/ ٥٢٢).

(٤) النجم الوهاج في شرح المنهاج للدميري (١/ ١٩٦).

(٥) التوت الذكر هو الذي لا يُثمر، وسيذكر الشارح ذلك بعد سطرين، فالأنثى هي التي تثمر كما في كفاية النبيه (٩/ ١٨٢).

(٦) ينظر: كفاية النبيه (٩/ ١٨٢)، والنجم الوهاج (٤/ ١٩٦-١٩٧).

(٧) القَزُّ معرّب، وهو ما يعمل منه الإبريسم، أو الإبريسم نفسه. ينظر: المصباح المنير (٢/ ٥٠٢).

(٨) تكملة السبكي للمجموع (١١/ ٣٧١).

(٩) لم أجد في المعاجم تقسيم السدر إلى العراقي وغيره، بل تقسيمه إلى البرّيّ والقرويّ: قال الفيومي: والسدر

ويُغسل بها الرأس وتُجعل على الأكفان، وقد يُعبّر عنها بالحَنوط.

(ويجوز بيعها) أي: بيع الشجرة الرطبة **(بشرط القطع أو القلع، وبشرط الإبقاء)**؛ إذ لا يخرج عن الانتفاع بأيّ وجهٍ كان من هذه الوجوه، إمّا غرساً أو وصلاً أو إحراقاً أو اتّخاذها جذعاً[١]، أو ينجر منها ما يريد من الأفلكة[٢] والجرجك[٣] ونحو ذلك.

(والإطلاق يقتضي الإبقاءَ أيضاً) أي: كما لو شرَطَه؛ لأنّ العرف في مقابلة الشجرة الرطبة الإبقاءُ؛ لأنّ كمال منفعتها في الإبقاء، ولا فرق بين المثمرة وغيرها.

(وأصحُّ الوجهين أنّه) أي: المشتريَ **(لا يستحقّ المغرَسَ)**- أي: موضع الغرس؛ لأنّه أرضٌ والأرض لا يتبع الشجرة، بخلاف العكس، فلو قُلِعت الشجرة أو قُطِعت ليس للمشتري أن يغرس فيه أخرى **(لكن يستحقّ)** المشتري **(منفعته)** أي: المغرسِ **(ما بقيت الشجرةُ)** فليس للبائع أن يطلب منه أجرةً لمدّة بقائه.

والثاني: يستحقّ المغرسَ؛ لاستحقاق منفعته إلى غير النهاية، فلا معنى لعدم استحقاقه إيّاه، وعلى هذا فللمشتري غرسُ الشجرة مكانها لو انقلعت أو قَلَعَها، ويجوز بيعه إن أمكن الانتفاع به مفردةً.

(فإن كانت الشجرة الثابتة يابسةً)- وفي بعض النسخ: "النابتة" بالنون، أي: الراسخة على ما نبتت، وهي صحيحةٌ أيضاً- **(فعلى المشتري القطعُ)** وإن لم يشترط؛ اتّباعاً للعرف في شري اليابسة.

نوعان: أحدهما ينبت في الأرياف فينتفع بورقه في الغسل وثمرته طيّبة، والآخر ينبت في البرّ ولا ينتفع بورقه في الغسل وثمرته عفصة. انتهى. ينظر: المصباح المنير (١/ ٢٧١).

(١) الجِذعُ بالكَسر: سَاقُ النَّخلَةِ مطلقاً، أو بَعد يُبسِهِ، أو بَعد قَطعِهِ. ينظر: تاج العروس (٢٠/ ٤٢٥).

(٢) "فَلكَة المِغزَل - بالفتح وتكسر-: (القُرص الذي في أعلاه). المعجم الاشتقاقي المؤصل (٣/ ١٧١٣) ولم أجد في المعاجم جمع فلكة المغزل المناسب هنا على الأفلك، بل على الفلك كعنب، أو على فَلَكات، و فَلكة المغزل بفتح الفاء وسكون اللام: خشب أو عظم مستدير يجعل على رأس المغزل ليثقله، وجمعها فِلَك وفلَكات بالفتح أيضاً. ينظر: إسفار الفصيح- تأليف: أبي سهل محمد بن علي بن محمد الهروي النحوي (ت٤٢١هـ) دراسة وتحقيق: أحمد بن سعيد بن محمد قشاش، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ): عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية (٢/ ٦٠٠).

(٣) بحثت في المعاجم فلم أجد معناهما. وكتب في الهامش على الأول: "دوخ" (منه).، وعلى الثاني: "جيكنه" (منه). وهما اسمان كرديان لآلتين يدويّتين في الغزل والنسج.

وشرطُ إبقائها مفسدٌ للبيع؛ لأنّه خلاف العادة؛ لإفضائها إلى انتفاء المنفعة، ويجوز شرط القلع أو القطع.

وتدخل العروق في البيع بشرط القلع دون القطع؛ فإنّه يقطع ما ظهر منها ويبقى العروق للبائع، ذكره المتولّي، وَسكت عليه [الأئمّة] من بعده.

(**وثمرةُ النخلة المبيعة إن شرطت**) في العقد (**للبائع أو للمشتري اتُّبع**) الشرط، مؤبّرةً أو لا؛ لأنّها إن لم تكن مؤبّرةً فهي تابعةٌ لأصلها؛ لما يأتي، وإن كانت مؤبّرةً فقد نصّ عليها فهي كنفس الشجرة.

(**وإن**) لم تشترط لواحدٍ منهما و (**أطلق البيع فإن كانت**) الثمرة (**مؤبّرةً لم يندرج في البيع**) أي: لم تدخل؛ لما في الصحيحين: «**أنّه ﷺ قال: من باع نخَلات قد أُبرت فثمرتُها للبائع، إلاّ أن يشترط المبتاعُ**»[1]، ومفهومُ الحديث أنّها إن لم تُؤبّر تكون الثمرة للمشتري إن لم تُشترط للبائع.

(**وكذا**) لم يندرج في البيع (**إن كان البعض مؤبّراً**) دون بعض؛ اتباعاً لغير المؤبّر المؤبّرَ؛ لما في تتبّع ذلك من العسر، ولم يعكس؛ لأنّ فيه تفويتاً للملك المتفرّقة على البائع، بخلاف الأوّل (**ولو لم تكن مؤبّرة**) [لا كلها ولا بعضها] (**اندرجت في البيع**)؛ لأنّها والحالة هذه كجزء الشجرة، ولمفهوم الحديث المارّ.

***

كيفية تأبير النخيل

وتفصيل الكلام في التأبير أنّ النخيل لّما كانت مخلوقةً من بقيّة طينة آدمﷺ[2] كانت

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، رقم (٢٧١٦)، ورواه مسلم في صحيحه، رقم (٧٧- (١٥٤٣).

(٢) يشير إلى حديث ضعيف أو موضوع نسب إلى الرسول ﷺ عن عليّ • بلفظ: «**أكرموا عمتكم النخلة فإنها خلقت من الطين الذي خلق منه آدم وليس من الشجر يلقح غيرها**». رواه أبو يعلى الموصلي: أحمد بن علي بن المثنى التميمي (ت٣٠٧هـ) في مسنده (١/ ٣٥٣)، وعن ابن عمر ﷺ بلفظ: «**أحسنوا إلى عمتكم النخلة، فإنّ الله خلق آدم أفضله من طينته فخلق منها النخلة**» رواه ابن عدي عبدالله بن عبدالله بن محمد: أبو أحمد الجرجاني (ت: ٣٦٥هـ)، في الكامل في ضعفاء الرجال: (٢/ ١٥٦)، فأما حديث علي فتفرد به مسرور وهو غير معروف و

لها طبيعة الإنسان، ولها فحول وإناث، ومعظمُ المنافع في الفحول استصلاحُ الاناث ببذر طلع[١] الفحول في طلع الإناث، وذلك بأنه يبدأ من الإناث طلع صغير ثمّ يكبر ويطول حتّى يصير كأذن الحمير ثمّ يتشقّق فتظهر مواد العناقيد في وسطها فيذرّ فيها طلعُ الذكور؛ ليكون رُطبُها جيّداً، فتشقُّقُ طلع الإناث وذرُّ طلع الذكور هو التأبيرُ.

والعادة الاكتفاء بتأبير البعض أي: تشقُّقِه والذرِّ فيه والباقي يتشقّق بنفسه بإذن الله تعالى وتصيبُه ريحُ الذكور فيصير جيّداً.

وقد لا يؤبَّر بالفعل، بل يتشقَّقُ الكلُّ بنفسه ويصير جيّداً بريح الذكور، وحكمه حكم المؤبّر؛ نظراً إلى ظهور المقصود.

وعبارة المصنّف قاصرة عن ذلك، وكذا عن طلع الذكور، لأنّه يتشقّق بنفسه ولا يُشقُّ غالباً.

(والشجرةُ التي تخرجُ ثمرتُها بلا نَورٍ) – بفتح النون، يقال له بالفارسيّة: " شكوفه "- **(كالتين والعنب، إن برزت)** أي: ظهرت وبانت عن الشمراخ[٢] **(ثمرتُها فهي للبائع)** إذا بيعت الأشجار مطلقاً؛ إلحاقاً لبروزه بتشقّق الطلع بجامع الظهور **(وإلاّ فللمشتري)**؛ إلحاقاً لعدم بروزها بعدم تشقق الطلع.

وفي تعليلهم هذا يفهم أنّ غير البارز تابعٌ للبارز كنظيره في التأبير، لكن قال البغويّ في التهذيب: فيما إذا ظهر بعض التين والعنب دون بعض: أنّ ما ظهر للبائع، وما لم يظهر للمشتري، وهكذا في المهذّب والبحر والتتمّة[٣]، وسكت عليه المصنّف في الكبير[٤].

منكر الحديث، وأمّا حديث ابن عمر ففي إسناده جعفر بن أحمد وهو متّهم بالرفض ووضع الحديث. ينظر: الموضوعات، تأليف: أبي الفرج ابن الجوزي عبد الرحمن بن علي (ت٥٩٧هـ)، تحقيق: توفيق حمدان،ط.: الأولى، (١٤١٥ هـ -١٩٩٥م): دار الكتب العلمية - بيروت -(١/ ١٢٩). والكامل (٢/ ١٥٦).

(١) (الطَّلع): ما يَطلُع من النخل وهو الكِمّ قبل أن يَنشقّ، ويُقال لما يبدو من الكِمّ: طَلعٌ أيضاً وهو شيء أبيض يُشبَّه بلونه الأسنانُ وبرائحتِه المَنِيُّ. المَغرب في ترتيب المعرب (٢/ ٢٤)

(٢) (الشِّمرَاخُ، بالكَسر: العِثكَالُ) الذي (عَلَيه بُسرٌ)، وأصله في العِذق. تاج العروس (٧/ ٢٨٤).

(٣) ينظر: التهذيب (٣/ ٣١٩)، المهذب (١ / ٢٧٩)، بحر المذهب (٦/ ١٦٨).

(٤) فقال: والثانى ما يخرج ورده ظاهراً كالياسمين، فان خرج ورده فهو للبائع والا فللمشترى (وثالثها) ما يقصد منه الثمرة وهو على ضربين: (أحدهما) ما تخرج ثمرته بارزة بلا قشر ولا كمام كالتين فهو كالياسمين، والحق العنب بالتين. العزيز: دار الكتب (٤ / ٣٤١).

وقال النوويّ: فيه نظر[١] ؛ [٢] إذ لا وجه للفرق بين التأبير والبروز[٣].

(**والشجرة التي تخرج ثمرتُها في نور ثمّ يتناثر النورُ فيبرزُ**) بعد التناثر (**كالمشمش**)- بكسر الميم- والخَوخ والإجّاص والسفرجل والكمّثرى (**والتفّاح: إن بيعت قبل انعقاد الثمرة فالثمرةُ تنعقد على ملكَ المشتري بلا خلاف، وتكون له**)؛ لأنّها لم تظهر، فهي كسائر الناتئ في الأشجار (**وكذا**) تنعقد على ملك المشتري (**لو بيعت بعد الانعقاد وقبل تناثُر النَّور على الأظهر**) من وجهين؛ قياساً لاستتارها بالنور باستتار ثمرة النخيل في الكمام[٤] قبل التشقّق.

والثاني: هي للبائع حينئذٍ؛ قياساً على استتار ثمرة النخلة بالقشر الأبيض بعد التشقّق؛ فإنّها تبقى عليها قشرةٌ تشبه نَور الأشجار.

(**وإن بيعت بعد الانعقاد و**) بعد (**تناثُرِ النَّور فهي للبائع**) جزماً؛ إذ لم يبقَ تعليل لدخولها في ملك المشتري.

(**ولو باع نخَلاتٍ**) كثيرة (**[في بستان واحد] طلعُ بعضها مؤبّر**) أي: [مشقوقٌ مذرٌّ] فيه طلع الذكور (**وطلعُ بعضها غيرُ مؤبّرٍ**) أو غيرُ مشقوق بنفسه (**بقي الكلُّ**) أي: المؤبّرُ وغيرُه (**للبائع**) كما لو كانت في نخلةٍ واحدةٍ؛ لاتّحاد العقد والبستان، سواءٌ اتّحدت الأنواع أو اختلفت، على المنصوص.

وقيل: عند الاختلاف يكون غير المؤبّر للمشتري؛ لأنّ اختلاف الأنواع يوجب اختلاف وقت التأبير، نقله الجلاليّ وأقرّه[٥].

(**وإن أُفرد**) في بستانٍ واحدٍ (**ما لم يؤبّر طلعُه بالبيع**) بأن اختلفت الصفقةُ بما يختلف

---

(١) تعبير للشافعية يستعمل في لزوم الفساد ينظر: المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية (ص٥٩).

(٢) لم يشر الشارح إلى انتهاء كلام النوويّ و كلام النووي ينتهي هنا، وذلك عادة الشارح الغالبة.

(٣) عبارة الروضة (٣/ ٥٥٢): ولو ظهر بعض التين والعنب فالظاهر للبائع وغيره للمشتري وفي هذه الصورة نظر.

(٤) و(الكِمُّ) بالكسر وعاء الطلع و غطاء النور و الجمع (أكمامٌ) مثل حمل و أحمال و (الكِمَامُ) و(الكِمَامَةُ) بكسرهما مثله، وجمع (الكِمَام): (أَكِمَّةٌ) مثل سلاح و أسلحة. المصباح المنير (٢/ ٥٤١)

(٥) كنز الراغبين: (٢/ ٢٨٧)، ولعل الإقرار هنا بمعنى السكوت عن الرد عليه.

به عند الردّ بالعيب (**فأصحُّ القولين أنّه**) أي: ما لم يؤبّر (**يكونُ للمشتري**)؛ لانفراده بالعقد الموجب لانفراد الحكم.

والثاني: أنّه للبائع؛ اعتباراً بدخول وقت التأبير؛ تنزيلاً للإمكان منزلة الوقوع.

قال في الروضة: وهذه الفرع فيما إذا اتّحد النوع، أمّا إذا اختلف فيكون للمشتري جزماً[1].

(**ولو كانا**) أي: المؤبّرُ وغير المؤبّر، وفي بعض النسخ: "ولو كانت" أي: الثمرةُ المختلفة في التأبير وعدمه، أو النخلاتُ المختلفة (**في بساتين**) أي: المؤبّرُ في بستان، وغيرُ المؤبّر في بستان، (**والصفقة واحدةٌ**) باتّحاد البائع والمشتري (**فالأصحّ**) من الوجهين (**أنّ كلّ بستان ينفرد بحكمه**) فيكونُ ثمرة المؤبّر للبائع، وثمرةُ غير المؤبّر للمشتري؛ لأنّ لاختلاف البقاع أثراً ظاهراً في إدراك الثمار، فيكون اختلافُ التأبير بسبب اختلاف البقاع، فلا يتبع واحدٌ واحداً.

والثاني: أنّه لاينفرد كلّ واحد بحكمه، بل يتبع ما لم يؤبّر المؤبّرَ ويبقى للبائع؛ لاجتماعهما في صفقة واحدة، فأشبه ما لو كانت في بستان واحد. ولا فرق على الوجهين بتباعدهما وتقاربهما.

وفي وجهٍ: لو تلاصقا فهما كبستان واحد.

ولا خلاف[في أنّ الاختلاف] في النخلة الواحدة لا يتأثّر في التبع.

(**وإذا بقيت الثمرة للبائع**) بالشرط، أو بالتأبير والبروز (**فإن شرَطا القطعَ لزمه**) البائعَ والمشتريَ (**القطعُ**)؛ وفاءً بما شرَطا (**وإن أطلقا**) البيع بلا شرط، أو شرَطا الإبقاءَ- تُرِك للعلم به - (**فله الإبقاءُ إلى الجَداد**)؛ اتّباعاً للعادة في بيع الثمار؛ إذ ما لا نصّ فيه فالحاكم فيه العرف.

والجَداد بفتح الجيم وكسرها: القطع، لكن إنّما يستعمل في الثمار كالقطاف[2].

---

(١) الذي في الروضة (٣/ ٥٥١): وإن اختلف النوع فالأصح أن الجميع للبائع، وقال ابن خيران: غير المؤبر للمشتري والمؤبر للبائع.

(٢) أَجَدَّ النخلُ: حان له أن يُجَدَّ، والجَدادُ والجِدادُ أَوانُ الصِّرامِ. لسان العرب (٣/ ١٠٧)/ جدّ.

وإذا جاء وقت الجداد لا يمكّن من التدريج في القطاف والأخذ، ولا يمهل إلى نهاية النضج.

ولو كانت الثمار يُعتاد قطعها قبل النضج كالتفّاح الكنجوية[١]، والكمّثرى الزاوليّ[٢] المسمّى بسيبرين[٣] كلّف القطعَ على العادة.

(ولكلّ واحد) من المتبايعين (السقيُ) بغير مراجعة الآخر (إذا انتفعت به) أي: بالسقي (الأشجارُ والثمارُ) بلا تفاوت؛ لأنّ السقي - والحالة هذه - من حقّهما ولا يضرّ بالآخر، بل ينفعه فلا وجه للمراجعة (وليس للآخر المنع منه) أي: السقي؛ لأنّ المنع ممّا ينفع وجوده ويضرُّ عدمُه يؤدّي إلى تضييع المال الموجِب [للسفه]، والضررُ لا يختصّ بأحدهما، وكذا النفعُ.

(وإن أضرّ السقيُ بهما) وذلك في العنب كثير: إذا سُقي[٤] قبل الأوان ينشر به الثمرُ ويتعثكل به الشجر[٥] (لم يكن لواحدٍ منهما السقيُ إلاّ برضاء الآخر)؛ لإضراره به من غير نفع، فلا مؤاخذة عليه لنفسه ويؤخذ عليه لغيره.

(وإن أضرّ بالثمار دون الأشجار) وذلك يكون في التمر الهنديّ[٦] حين بدا صلاحه (أو بالعكس) أي: أضرّ بالأشجار دون الثمار، وذلك في نوع من الكلابيّ[٧] لا يصفرّ عند النضج، بل ينضج خضراً يظنّ آكله أنّه نيّءٌ فإذا هو أحلى من الفانيذ[٨] (وتنازعا

---

(١) الكنجويّة: نسبة إلى كنجويه: الجبل الذي سمّي بعدُ بشاهو تبرّكاً بالسيد محمد الزاهد المعروف ببير خضر الشاهو، وهو في منطقة بيكلان تابعة لمحافظة: كردستان/ إيران. ينظر: نور الأنوار (ص٩٨).

(٢) نسبة إلى زابل، وهي كورة واسعة قائمة برأسها جنوبي بلخ. ينظر: معجم البلدان، تأليف: ياقوت بن عبد الله الحموي أبو عبد الله: دار الفكر – بيروت: (٣/ ١٢٥).

(٣) لم أجد هذه الكلمة في معاجم اللغة الكُرديّة.

(٤) في (ج): "إذ السقي"، وهو محتمل جداً.

(٥) وقد تَعَثْكَلَ العِذقُ: إذا كَثُرَت شَمارِيخُهُ: تاج العروس من جواهر القاموس (٢٩/ ٤٣٠).

(٦) والتمر الهندي: ثمر شجر من الفصيلة القرنية ينبت في البلاد الحارة ثماره غذائية ملينة، وشرابه حامض نافع، وهو الحمر. المعجم الوسيط (١/ ٨٨).

(٧) قد كتب في النسخة (ا) في هامشه: " انطور سفيد "، أي: العنب الأبيض.

(٨) الفانيذ: نوع من الحلوى يعمل من القند و النشا، و هي كلمة أعجمية؛ لفقد فاعيل من الكلام العربي. المصباح المنير (٢/ ٤٨١).

في السقي) فيدّعيه من ينفع بملكه، ويمنعه من يضرّ بملكه **(فأحد الوجهين أنّ لطالب السقي)** بائعاً كان أو مشترياً **(أن يسقيَ)**؛ لأنّ نفع السقي متحقّقٌ غالباً، ولو ظنّ ضرره لا يبالىَ به؛ لأنّه [قد رضي من يضرّ بملكه] حين باشر العقد.

(وأظهرُهما أنه يُفسخ العقدُ)؛ لتعذّر إمضاء العقد إلاّ بالإضرار بأحدهما فيؤدّي إلى الأذى والمحاقدة، وهما متساويان، فلا ترجيح لأحدهما على الآخر **(إلاّ أن يُسامِحَ)** أي: يوافقَ ويجودَ لتحمّل الضرر **(من يتضرّر به)** أي: بالسقي، بائعاً كان أو مشترياً، فحينئذٍ لا فسخ لأحدهما؛ لزوال ما يؤدّي إلى النزاع والمحاقدة.

قال ابن الملقّن في العجالة: وفيه نظر؛ لأنّها إضاعة مالٍ وهي محرّمة[1]. ونظره منظور فيه[2]؛ لأنّ إضاعة المال لتطييب القلوب وإرضاء الخصوم مستحبّة لا محرّمة.

وفي المثل: إنّ أحقر الأمتعة الدنيا وأموالها، وأشرفها قلوب العباد، ومن العجب أن تملك هذا الأشرف بذاك الأحقر.

رجعنا إلى مسألة الكتاب، حكى صاحب الزاد وجهاً ثالثاً: وهو أنّ المجاب إلى المطلوب المشتري؛ لأنّ البائع التزم سلامة الأشجار للمشتري؛ لاستحقاقه إبقاء الثمار[3].

ولم يلتفت المصنّفُ لهذا الوجه؛ تبعاً لما في الوجيز؛ فإنّه لم يحكِ إلاّ الوجهين[4].

(وإذا كانت الثمار تمتصّ) أي: تجتذب، ذكَر المصَّ وهو فعل ذي الروح والحسّ؛ إمّا بناءً على ما يقال: إنّ للنبات حسّاً؛ بدليل ما يشاهد في اليقطين وسائر ما يلتوي بالأشجار، أو على الاستعارة؛ تشبيهاً لها في النفع والنماء والجذب بذي الروح **(رطوبة الأشجار)** وذلك كثير في التفّاح والسفرجل **(فعلى البائع أن يقطع الثمارَ أو يسقيَ)** الأشجار؛ ليدفع الضرر عن المشتري؛ **فإن تعذّر السقيُ؛** لانقطاع الماء، أو القطعُ؛

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٧٢٩).

(٢) في كتب المصطلحات أنّ عبارة: " فيه نظر " تعبير للشافعية يستعمل في لزوم الفساد.

(٣) لم أجد صاحب الزاد في غير طبقات ابن هداية، وليس فيه ما يدلّ على معرفته، واشتهر عند العلماء ذكر كتاب زاد المسير في الفقه، ولم أجده.

(٤) ولكن الغزالي ذكر الوجهين من الثلاثة في الضرر بهما، وليس في الضرر بالشجر فقط أو الثمر فقط، ينظر: الوجيز (١/ ١٤٩).

لعدم الانتفاع بالمقطوع ففيه الوجهان، والأصحّ الفسخ، إلاّ إذا تسامح المتضرِّرُ به.

***

بيع الثمار

(فصل: بيعُ الثمار بعد بدوّ الصلاح) أي ظهور صلاحيّتها وصيرورتها على صفة مطلوبة، وسيأتي ما المقصود منه؟ في كلام المصنّف (يجوز مطلقاً) أي: بلا شرطٍ من الإبقاء والقطع (ويجوز بشرط الإبقاء، وبشرط القطع)؛ لمفهوم قوله ﷺ: «لَا تَبِيعُوا الثَّمَرَةَ حتى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا»[١]، وفي لفظ مسلم: «لَا تَبَتَاعُوا»[٢]؛ فإنّ مفهومه أنّه يجوز بعد بدوّ الصلاح، فيشمل الأحوال الثلاثة، ولأنّ بعد بدوّ الصلاح لا ضرر لها وللأشجار في الإبقاء والقطع.

(وأما قبل بدوّ الصلاح: فإن بيعت مفردةً عن الأشجار فإنّما يجوز بشرط القطع)؛ للحديث المذكور، سواءٌ كانت الأشجار للمشتري أو للبائع أو لغيرهما؛ عملاً بمقتضى الحديث، ونظراً إلى أنّه تعبّدٌ لا معلّلٌ بمعنىً وهو اختلاط الملكين؛ لعدم تناهي النموّ[٣]. (إلاّ إذا لم يكن المقطوع منتفعاً به كالكمّثرى) بتشديد الميم جمع كمّثراة، كما في الصحاح[٤]، وكالسفرجل واللوز والجوز والسنجد[٥] والعنّاب[٦] وأمثال ذلك-

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، رقم (١٤٨٦). ولفظه: «نهى النبي ﷺ عن بَيعِ الثَّمَرَةِ حتى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، وكان إذا سُئِلَ عن صَلَاحِهَا قال حتى تَذهَبَ عَاهَتُهُ».

(٢) صحيح مسلم، رقم (٥٦- (١٥٣٨). ولفظه: « لَا تَبَتَاعُوا الثِّمَارَ حتى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا».

(٣) أي: والعلة يجب أن يكون وصفاً منضبطاً.

(٤) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٢/ ٨٠٩)، مادة: (كمثر). الكمثرى: شجر مثمر من الفصيلة الوردية، أصنافه كثيرة، ويسمى الإنجاص في الشام، وهي من إجاص، والإجاص في اللغة: ما يسمى البرقوق في مصر، أي: غير الكمثرى، الواحدة: كمثراة. المعجم الوسيط (٢/ ٧٩٧).

(٥) السنجد: (اسم) (علم النبات)، شجرة من فصيلة السنجديات قريبة من فصيلة الزيتونيات، شجرة قصيرة شائكة، أوراقها تشبه أوراق الخلاف، وزهورها عنقودية بيضاء أو صفراء معطّرة جدّاً، ثمرتها فندقية ذات غلاف مغذية فيه طحين حلو نسبيّاً. المعجم الفارسيّ للدكتور محمد معين، ط.: (٢)- (١٣٨٤هـ ش)، دار النشر: راه رشد- طهران -ايران. (ص٦٩٣).

(٦) العناب: شجر شائك من الفصيلة السدرية يبلغ ارتفاعه ستة أمتار، ويطلق العناب على ثمره أيضاً، وهو أحمر حلو لذيذ الطعم على شكل ثمرة النبق. المعجم الوسيط (٢/ ٦٣٠).

- لا الحصرم[1] وطريّ اللوز الحلو- (**فلا يجوز بشرط القطع أيضاً**) كما لا يجوز بغير شرط القطع؛ لإفضائه إلى تضييع المال والإضرار بالمشتري.

(**وفيما إذا كانت الأشجارُ ملكَ المشتري**) بأن اشتراه بعد ظهور الثمر، أو قبل الظهور بشرط إبقائها للبائع (**وجهٌ**): أنّه لا حاجة إلى ذكر القطع؛ بناءً على أنّ النهي في الحديث معلّلٌ بمعنىً وهو الحذر عن اختلاط الملكين، وقد اجتمعا في ملك المشتري فانتفى ذلك المعنى، فهو كما لو اشتراهما معاً.

قال المصنّف في الكبير: ولو قلنا بالأوّل وشرَطنا القطعَ لم يجب الوفاء بالشرط، وإنّما يكون الشرط للامتثال بمفهوم الحديث فلا معنى لتكليف المشتري بقطع ثمرته على شجرته[2]. واختاره النوويّ في زيادات المنهاج[3].

وقال في الروضة: لو قطع شجرةً عليها ثمرةٌ لم يبدُ صلاحُها جاز بيعُها عليها من غير شرط القطع؛ إذ لا نماء بعد القطع[4].

(**وإن بيعت مع الأشجار جاز من غير شرط القطع**) بشرط اتّحاد الصفقة؛ لعدم تناول النهي إيّاه، ولأنّها يصحّ بتبعيّة بيع الشجرة، بخلاف ما لو باعها [الصاحب الشجر]؛ إذ لا تبع هناك، ولذا لو قال: بعتك الشجرة بدينار وثمرتَها بدرهمٍ لم يجز إلاّ بشرط القطع؛ لانتفاء التبعيّة بتفصيل الثمن، صرّح به المصنّف في كتاب المساقاة من الكبير[5]، بل لا يجوزشرط القطع؛ لما فيه من شائبة الحَجر من غير فائدةٍ.

---

(١) الحِصرِمُ كَزِبرِجٍ: الثَّمَرُ قَبلَ النُّضجِ،...، وأَوَّلُ العِنَبِ، ولا يَزالُ العِنَبُ ما دام أَخضَرَ حِصرِمًا. ينظر: تاج العروس (٣١/ ٤٩٥).

(٢) نقل بالمعنى، فعبارة العزيز (٩/ ٦٥): فيه وجهان: (أصحهما) عند الجمهور نعم؛ لشمول الخبر والمعني؛ فان المبيع هو الثمرة ولو تلفت - لم يبق في مقابلة الثمر شيء، ولكن يجوز له الابقاء ولا يلزمه الوفاء بالشرط ههنا؛ إذ لا معني لتكليفه قطع ثماره من أشجاره.

(٣) وعبارته في المنهاج طبع: دار المعرفة - بيروت: (ص١٥)،: قلت: فإن كان الشجر للمشتري وشرطنا القطع لا يجب الوفاء به. والله أعلم

(٤) نقل الشارح رحمه الله كعادته بالمعنى، فعبارة الروضة (٣/ ٥٥٤): قلت لو قطع شجرة عليها ثمرة ثم باع الثمرة وهي عليها جاز من غير شرط القطع لأن الثمرة لا تبقى عليها فيصير كشرط القطع.

(٥) (ينظر: العزيز، طبع دار المعرفة (١٢/ ١١٥).

(ولا يجوز بيع الزرع الأخضر والبقول في الأرض إلاّ بشرط القطع) في الزروع، **(أو القلع)** في سائر البقول كالسلق والجزر؛ لأنّها ما دامت خضرةً فلا تزال تنمو وتزيد كالثمرة قبل بدوّ الصلاح فيختلط الملكان.

(وإن بيعت) [كذلك] **(مع الأرض فلا حاجة إلى شرط القطع)** أو القلع؛ لاجتماعهما في ملك واحد فلا معنى لشرط القطع، ولو شُرط لم يجب الوفاء به، بل لا يجوز إذا كان المقطوع أو المقلوع ممّا لا ينتفع به.

(وكذا لو بيعت الزروع بعد اشتداد الحبّ) فإنّه لا حاجة إلى شرط القطع، كما لا حاجة في الثمار بعد بدوّ الصلاح؛ لعدم خوف اختلاط الملكين؛ لانتهاء النموّ.

ولو انتهى نموّ البقول بأن [درست][1] أوراقها لو كان بصلاً أو ثوماً، أو بلغت أوان الشتاء لو كان سلقاً أو قنبطاً وما أشبه ذلك فالقياس بيعها من غير الشرط، وإنّما ذكر اشتدادُ الحبّ؛ لاشتهارها.

(ويشترط في بيعِها) أي: بيع الزروع بعد الاشتداد **(وبيعِ الثمار بعد بدوّ الصلاح ظهورُ المقصود)** أي: ما يقصد ببيعها وهو الحَبُّ والثمارُ؛ لاشتراط الرؤية في المبيع، ولا رؤية مع الاختفاء **(كما في التين والعنب في الثمار)** وكذا الكمّثرى والتفّاح والسفرجل والنارنج والأترجّ والليمون والمشمش والإجّاص والخوخ وما ضاهاها **(والشعير في الحبوب)** وكذا السلت والجاورس والذُّرّة، دون الدُّخن؛ فإنّها يجوز بيعها بعد الحصاد وقبله.

(وما لا يرى حبّاته) من الحبوب **(كالحنطة والعدس في السنبلة)** وكذا الحمص واللوبياء والجُلُبّان[2] والعلس[3] وما أشبه ذلك **(لا يجوز بيعها دون السنبلة)** بأن يقول:

---

(١) دَرَسَ الشيءُ والرَّسمُ يَدرُسُ دُرُوساً: عفا، ودَرَسَته الريح: يتعدَّى ولا يتعدَّى. ينظر: لسان العرب (٦ / ٧٩)، و (٦ / ٨٢).

(٢) الجُلبان بسكون اللام والجُلُبّان بضم اللام وتشديدالباء: نوع من الماش، ونوع من خضر الصيف. ينظر: لسان العرب (١/ ٢٧٢). مادة: (جلب).

(٣) (العَلَس) بفتحتين عن الغوري والجوهري: حَبة سوداء إذا أجدَب الناسُ طحنوها وأكلوها وقيل: هو مثل البُرّ إلا أنه عَسِر الاستنقاء يكون في الكِمامَة حبتانِ وهو طعام أهل صَنعاء. المغرب في ترتيب المَعرب (٢ / ٧٨) مادة: (علس).

بعتكها بلا سنبلة؛ لأنّها مستورة في السنبلة مع أنّها ليست صِوانة لها،، فأشبه ما لو باعها في جرابٍ قبل الرؤية[١]. وفيها وجهٌ ضعيفٌ[٢]، (**وكذا معها**) بأن قال: بعتكها بسنبلها، أو مع سنبلها، أو بعتكها معاً (**في القول الجديد**) المرويّ عن المراديّ؛ لأنّ ما يقصد بالبيع غير مرئيٌّ؛ لاستتاره بالسنبلة مع أنّها ليست من مصالحها ولا من صِوانها.

والقديم المرويّ عن الزعفرانيّ الجوازُ، وعدمُ تسليم أنّها ليست من مصالحها؛ لأنّها تبقى في السنبلة ما لا تبقى في غيرها؛ قال الله تعالى: ﴿ فَذَرُوهُ فِي سُنۢبُلِهِۦٓ ﴾ (يوسف:٤٧)، ولما روي: «**أنّه ﷺ نهى عن بيع السنبلة حتّى تبيضّ**»[٣] أي: تشتدّ، ومفهومه أنّه يجوز بعد الاشتداد.

وأجيب عن الأوّل: بأنّ طول البقاء ليس ممّا يختصّ بالسنبلة، بل يحصل بطرق مختلفة، فهي كسائر الطرق.

وعن الحديث: بأنّه محمول على ما يرى في السنبلة كنحو الشعير؛ جمعاً بينه وبين الأحاديث الواردة بوجوب الرؤية.

(**والكِمامُ**) بكسر الكاف، وأمّا ضمُّها فهو جمع أكمّة جمع كمام؛ وهي: غلاف طلع النخل[٤]، ثمّ استعير لجميع ما يستر به الثمار (**الذي لا يُزال إلاّ عند الأكل**) كالرمّان والأترجّ والنارنج والليمون ونحوها من الثمار، وكالأرز على الأشهر من الحبوب (**لا بأس به**) أي: بوجود ذلك عند البيع؛ لأنّه وإن كان المقصود مستوراً إلاّ أنّ ساتره ممّا يصلحه أو يصونه، ولأنّ التكليف بإزالتها يؤدّي إلى إعواز بيعها؛ لأنّ الغالب من بيعها وشرائها الإبقاء والاستبقاء، لا الأكل على الفور، فلو أزيلت عنها سرُع إليها الفساد.

(**وما له كمامان**) من الثمار والحبوب، وكانت العادةُ إزالةَ أحدهما وإبقاءَ الآخر إلى

---

(١) المجموع (٩/ ٢٩٢).

(٢) حكاه المتولي أنه يصح وإن منعنا بيع الغائب، قال النوويّ: وهذا شاذ. المجموع (٩/ ٢٩٠).

(٣) رواه مسلم في صحيحه، رقم (٥٠- (١٥٣٥).

(٤) الكِمام بكسر الكاف: أوعية طلع النخل. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (لغة الفقه)، تأليف: أبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي (ت٦٧٦هـ)، تحقيق: عبد الغني الدقر،الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ): دار القلم - دمشق - (١/ ١٨١).

وقت الأكل غالباً، وقد يزالان قبل الأكل ويدّخر إلى الأكل **(كاللوز)** والجوز والفستق والبندق **(يباع في القشرة السفلى)**؛ لأنّها من مصالحه وصِوانه **(ولا يباع في العليا)**؛ لاستتارها بما ليس هو صوانها ومصالحها. نعم، يجوز بيع اللوز مع القشرين في حال الرطوبة؛ لأنّه مأكولٌ كلُّه فأشبه التفاح.

وكذا الجوز في حال الرطوبة لمن يتّخذ منه معجونَ الباه[1]، وهو أن يأخذ جوزاتٍ صغاراً قبل أوان تميّز القشرين، ويؤخذ طست من خزف فيجعل فيه شَهدات[2] عسل قبل نزع الرغوة، ويجعل ما بين كلّ شهدين [عشر حبات] من ذلك الجوز، ويوضع في الصيف على سطح رفيع لا يصيبه غبار، ولا يستر رأسه أربعين يوماً، ثمّ يؤخذ ويعجن ذلك العسل وتلك الجوزات فيصيران كشيءٍ واحدٍ، ويذرّ فيه الدار جينيّ وشيء من زنجبيل[وبسباسة] [3]، وقليل من المُصطُكىَ[4]، فيجعل في إناءٍ من الزجاج، ويؤكل على الريق كلّ يوم بقدر جوزة، يشدّد الأسنان، ويقطع البخر، ويزيد في نور البصر، ويزيد في قوّة الباه.

(لا على الأرض، ولا على رأس الشجر)؛ لاستواء الحالتين في الرؤية، ولا يقاس على العرايا[5]؛ لعدم الوارد فيها.

---

(١) الباهُ مثل الجاه: لغة في الباَءَة: وهو النكاح والجماع، يقال: هو يداوي لقوة الباه، أي: قوة النكاح والجماع. ينظر: لسان العرب (١٣/ ٤٧٩) مادّة: (بوه)، ودستور العلماء (١/ ١٥٥).

(٢) الشَّهد والشُّهد: العسل ما دام لم يعصر من شمعه واحدته شَهدة و شُهدة: لسان العرب (٣/ ٢٤٣).

(٣) يقول الفيروز آبادي: قال الجوهريّ: والبَسبَاسَةُ: شجرَةٌ تَعرِفُها العربُ ويَأكُلُها الناسُ والماشِيَةُ تَذكُرُ بها رِيحَ الجَزَرِ وطَعمَه إذا أكلتَها وأوراقٌ صُفرٌ تُجلَبُ من الهِندِ وهذه هي التي تَستَعمِلها الأطِبّاءُ. ينظر: القاموس المحيط (١/ ٦٨٦) مادّة: (البسّ). وفي المعجم الوسيط (١/ ٥٥): " البسباسة: شجرة من فصيلة جوز الطيب لها بزور وأغلفة بزور عطرية منبهة، ويطلق على تركيب نباتي يوجد في طرف بعض النبات كالخروع، ج: البسباس. وقال التركمانيّ في المعتمد: هو قشور جوزبُوَا التي تكون فوق القشرة الغليظة، والقشرة الغليظة لا تصلح لشيء، وثمره يصلح للطيب، وأجودها الحمراء، وأردؤها السوداء. ينظر: المعتمد في الأدوية المفردة، تأليف: الملك الأشرف عمر بن يوسف بن عمر بن رسول الغسَّاني التُّركُماني (ت ٦٩٦ هـ): (١ / ٣٤).

(٤) المُصطُكَى: ويقال: المصطكاء - بالمد، والأوجه بالضم والقصر: من العُلُوك، روميّ، وهو دخيل في كلام العرب. لسان العرب (١٠/ ٤٥٥)، مادّة: (صطك). والتنبيهات على أغاليط الرواة، تأليف: علي بن حمزة البصري (ت:٣٧٥هـ): (١ / ٣٦).

(٥) التي يأتي تعريفها في هذا الباب بأنّها: بيعُ الرُّطب على النخيل بالتمر على وجه الأرض.

(وفي قولٍ: يجوز بيعها في حال الرطوبة) أي: قبل أوان إمكان زوال العليا بحيث لا يبقى على السفلى شيءٌ وقد اشتدّت السفلى، وأمّا إذا لم يشتدّ السفلى فقد سمعتَ ما سمعتَ، ووجهُه؛ أنّ الصلاح يتعلّق بها حينئذٍ؛ من حيث إنّه يصون الأسفل ويحفظ رطوبة اللبّ،- وفي المثل:

تبه گردد سراسر مغز بادام گرش از پوست بتراشی گهی خام[١]

(والباقلّ)- بتشديد اللام، ثمّ إن كان يقصر فيكتب بالياء، وإن كان يمدّ فيكتب بالألف هكذا : "والباقلاّء". ثمّ قيل: هو والفول نوع من الجُلبّان واللوبياء لكنّه أكبر منه حبّاً، وقد يكون حبّه كنواة عجوةٍ، وله قشران: قشرٌ كغلاف الحمص، وقشرٌ يلصق بلبّه كالقشرة السفلى من الحمص لكنّه أغلظ منه، فقد يُزال عند الأكل رطباً، وقد لا يُزال- (الرطبُ على هذا الخلاف) يعني: الأصحُّ عدم الجواز في العليا، لكن ذكر الإمام في النهاية والفورانيّ في الإبانة[٢] أنّ الأظهر في الباقلّ جوازه؛ إذ قد يؤكل رطباً، والتكليف بالإزالة صعب، مع أنّ الجيزيّ[٣] روى: أنّ الشافعيّ رحمه الله يحبّ أكلَ الباقلاّء رطبا، فيأمر بعضَ تلاميذه فيشتري له[٤].

(وبدوّ الصلاح في الثمار بظهور مبادئ) جمع مبدأٍ: موضع ابتداء (النضج) أي: بلوغه أوان الأكل، وبالفارسية: رسيدن ميوه[٥] (والحلاوةِ) وهي: النهاية في العذوبة، وذلك بزوال العفوصة[٦] والحموضة والتفاهة والمرارة.

(وذلك) أي: النضج والحلاوة، أي: اعتبارهما في بدوّ الصلاح (فيما لا يتلوّن) أي: لا يقبل لوناً سوى ما كان عليه أوّلاً (بأن) أي: ظهور المبادئ بأن (يتموّه) أي: امتلأ

---

(١) بيت فارسيّ صار مثلاً في شدّة تأثير التربية على الصغار، أي: يفسد لبّ اللوز كلُّه إذا نحّت بعضاً من قشره وهو غير ناضج.

(٢) نهاية المطلب: (٥/ ١٥٤)، والفورانيّ: أبو القاسم عبد الرحمن ص: الإبانة، والعمد، و التتمة.

(٣) أبو محمد الربيع بن سليمان بن داود الأزدي ولاءً المصري الجيزي، صاحب الإمام، لكنه قليل الرواية عنه، ولذا فإذا أطلق النقل عن الربيع فالمراد الربيع المرادي لا هو.

(٤) أي: باقلاّء. (منه). وقد صح ان الشافعي ؛ أمر بأن يشترى له الباقلاء الرطب. الوسيط (٣/ ١٨٥)

(٥) ترجمته: نضج الثمرة.

(٦) يقال: طعامٌ عَفِصٌ وفيه عُفُوصَةٌ، أي تَقَبُّض. الصحاح في اللغة (ص٧٢١) مادّة: (عفص).

ماءً، كذا في القاموس[١] (ويَلينَ) اللينُ: انفعالُ الجسم [بالانخفاض] والانبساط عند وصول الشيء القويّ بشرط أن لا يتجزّى.

(وفيما يتلوّن) أي: ظهورُ المبادئ فيما يتلوّن **(بأن يأخذ)** الثمر **(في الاحمرار أو الاسوداد)** أي: فيما يستقرّ عليه صفته ويضاف إليه يقال: هذا أحمر وهذا أصفر وهذا أسود، إلى غير ذلك، وذلك يكون في الرطب والعنب والإجّاص والعنّاب والمشمش والتفّاح المراغيّ[٢].

وبدوُّ الصلاح في الحبوب بالاشتداد، والبطّيخ الغير الهنديّ بالأخذ في الاحمرار والاصفرار، وفيما لا يتلوّن بوجود الرائحة، وفي القثّاء بأن يكبر بحيث يعتاد أكلها، كذا قال الجلاليّ، وفيه نظر[٣].

(ولا يحتاج إلى بدوّ الصلاح في كلّ عنقودٍ حتّى يستغني عن شرط القطع) لأنّ التتبّع والفحص عن ذلك ممّا يؤدّي إلى التعب؛ لتعسّره، بل قد يتعذّر. **(بل إذا بدا الصلاح في بعض ثمار الشجرة)** الواحدة **(جاز إطلاق بيعها)** بلا شرط القطع.

(ولو باع ثمارَ الأشجار) الكثيرة **(في بستانٍ واحدٍ بدا الصلاحُ في بعضها)** بصفقةٍ واحدةٍ مع تجانس الأشجار ككرومٍ ونخيلٍ **(أو في بساتين كذلك)** مع اتّحاد الجنس والصفقة **(فعلى ما مرّ في التأبير)** يعني: يتبع ما لم يبدُ صلاحه ما بدا صلاحه في بستانٍ واحدٍ عند اتّحاد الصفقة، [ولا يتبع أحدُهما الآخر] إن كانا في بساتين اتّحدت الصفقة أو تعدّدت على الأصحّ.

[ولو كانا] في بستانٍ واحدٍ واختلف الجنس فلا تتبع بلا خلافٍ، وكذا لو اختلف النوع كالأسود والأبيض من العنب على الأصحّ؛ لاختلاف الإدراك فيهما غالباً.

(ومن باع ثماراً بدا الصلاح فيها فعليه) أي: فعلى البائع **(سقيُ الأشجار)** أي: أشجارِ

---

(١) ومَوَّهَ المَوضِعُ تَمويهاً: صارَ ذا ماءٍ، و القِدرَ: أكثَر ماءَها. القاموس (١ / ١٦١٧) مادّة: (موه).

(٢) نسبة إلى بلدة مراغة. ومراغة بفتح الميم والغين المعجمة: بلدة مشهورة في منطقة أذربايجان بإيران. معجم البلدان (٥/ ٩٣).

(٣) كنز الراغبين (٢/ ٢٩٢).. وقوله: "وفيه نظر" لعله إشارة إلى ما في مختصر المزني من أنّ بدوّ صلاح القثاء أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه. ينظر: المختصر (١/ ٨٠).

تلك الثمار (**قبل التخلية وبعدها**) إن بقي لها تنميةٌ؛ ليتمّ به نموُّها ويسلمَ من التلف والفساد؛ لأنّ السقي - والحالة هذه - من تتمّة التسليم الواجب، فلو شُرط على المشتري فسد العقد؛ لأنّه خلاف مقتضى العقد.

(**ويتسلّط المشتري على التصرّف فيها**) أي: في الثمار (**بعد التخلية**) وفي بعض النسخ: " فيها بعد التخلية " أي: في زمان بعد التخلية في الثمار - بالبيع والهبة والأكل والإباحة والقطع، ولا يلزمه القطع؛ لما مرّ[1].

حكم الجائحة

(**وإن عرَضت جائحةٌ**) من جاح يجوح: إذا اشتدّ، بحيث حصل منه الهلاك[2]، وقوله: (**مُهلكةٌ**) للتوضيح، وإلاّ فحيث تذكر الجائحة فهي مُهلكة (**كحرٍّ وبرَدٍ**) بفتح الراء، أو صاعقة (**بعد التخلية**) لا قبله؛ فإنّه من ضمان البائع جزماً (**فالجديد أنّها**) أي: الثمار، أو الجائحة (**من ضمانه**) أي: في ضمان المشتري ؛ لأنّ القبض فيها بالتخلية وقد حصلت، والمبيع بعد القبض من ضمان المشتري، وهذا على القياس.

والقديم: أنّها من ضمان البائع؛ لما في سنن أبي داود عن جابر «**أنّه ﷺ أمَرَ بوضع الجوائح**»[3]، وهكذا رواه مسلم[4]، ومعناه: أمَرَ أن يوضع ضمان الجوائح عن المشتري لئلاّ يغبن بذهاب الثمن وفوات المثمن[5]، وأجابوا بأنّه محمول على الاستحباب والإرفاق بالأحباب. قال في الكبير: "ولا فرق في طرد القولين بين أن شرط القطع أو لا"[6].

---

(١) من قول الشارح: ليتمّ به نموُّها ويسلمَ من التلف والفساد.

(٢) وقال الأزهريّ عن أبي عُبيد: الجائِحةُ: المُصِيبةُ تَحُلّ بالرَّجل في ماله فتَجتَاحه كلَّه. تاج العروس (١/ ١٥٧٢) مادة: (جوح).

(٣) سنن أبي داود، (٧) كتاب البيوع، (٤) باب في بيع السنين، رقم (٣٣٧٤).

(٤) صحيح مسلم، رقم (١٧- (١٥٥٤) ولفظه: «عن جَابِرٍ أَنَّ النبي ﷺ أَمَرَ بِوَضعِ الجَوَائِحِ».

(٥) قال مالك: والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعدا ولا يكون ما دون ذلك جائحة. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي (ت ٤٦٣هـ)، تحقيق سالم محمد عطا-محمد علي معوض، (٢٠٠٠م): دار الكتب العلمية- بيروت: (٦ / ٣١٣).

(٦) لم أجد في الشرح الكبير هذا، إنّما فيه: "ولا فرق على القولين بين ان يقل أو يكثر"، ينظر: العزيز دار الكتب العلمية (٤/ ٣٦٠)، وط. دار المعرفة (٩ / ١٠٣). ولا تظهر مناسبة لطرد القولين، فالظاهر أنّ في عبارة الوضوح سقطا.

هذا أصحّ الطرق[1].

والطريق الثاني: أنّه إن شرط القطع فهو من ضمان المشتري، قولاً واحداً؛ لأنّه مقصّرٌ بترك القطع، ولأنّه لا عُلقة[2] بينهما؛ لعدم وجوب السقي على البائع لو شُرط.

والطريق الثالث: أنّه إن شرط القطع فهو من ضمان البائع قطعاً قولاً واحداً، لأنّه ما شرط فيه القطع، فقبضه بالقطع والنقل، فقد تلف قبل القبض.

وفيما إذا كان المشتري صاحبَ الشجرة فالضمان على المشتري، قولاً واحداً.

(ولكن لو تعيّبت) الثمارُ **(بها)** أي: بالجائحة بعد التخلية **(فلا خيار له)** أي: للمشتري؛ لوقوع العيب بعد القبض فيكون من ضمانه تفريعاً على الجديد.

ولفظ "لكن" هنا ممّا لا ينبغي، وكأنّه سهوٌ من النسّاخ؛ إذ يوهِم الاستدراك عن ضمان الكلّ وقد علمت أنّه لا ضمان، وعلى تقدير عدم "لكن" إطناب[3] لا يترتّب عليه كثير فائدة، إلاّ أنّه ذكر ليترتّب عليه قوله: **(بخلاف ما لو تعيّبت بترك البائع سقيَها، فله الخيار)** أي: للمشتري؛ لأنّ الشرعَ قد التزم[4] السقيَ لنماء الثمار، فالتعيُّبُ بترك السقي كالتعيُّب قبل القبض.

ولو تلف كلُّه بترك السقي انفسخ العقد من أصله قولاً واحداً.

وقيل: فيه القولان: فلا ينفسخ في القديم، ويضمنه البائع بالقيمة أو المثل.

(وإذابيعت) الثمارُ **(قبل بدوّ الصلاح بشرط القطع ولم يقطع المشتري حتّى أصابته الجائحةُ)** المهلكةُ فتلفت بها أو تعيّبت **(فأولى أن تكون)** الثمارُ **(من ضمان المشتري)** أي: فأولى ممّا لم يشرط قطعه بعد بدوّ الصلاح؛ لقطع العلاقة بينهما؛ فإنّه لا يجب السقي

---

(١) عبارة العزيز (٤/ ٣٥٩). إن تعرض بعد التخلية فينظر: إن باعها بعد بدوّ الصلاح ففيه طرق، وأحدها: فيه قولان.

(٢) من معاني العُلقة: التعلق، يقال: له بفلان علقة، أي: تعلّق. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٢٢)، (علق).

(٣) الإطناب: ان يكون الكلام زائداً على أصل المراد لفائدة. ينظر: مختصر المعاني، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت٧٩١هـ): دار الفكر، الطبعة : الاولى (١٤١١هـ): (١/ ١٦١).

(٤) التزم السقي: أي: جعله لازماً، لا تعهّد بالسقي، فباب الافتعال هنا للاتّخاذ. ينظر: شرح الرضي على الشافية (١/ ١٠٩).

على البائع حينئذٍ، مع أنّ التقصير من المشتري؛ إذ لو قطعَها لما أصابتها الجائحة.

وفي قوله: "فأولى" إشارةٌ إلى عدم طرد القولين حينئذٍ، وهو كذلك؛ لأنّ هذه المسألة لم يذكرها أرباب النقل عن الشافعيّ[1].

(ولو باع الثمرة) أو زرعاً بعد بدوّ الصلاح (وجنسُها ممّا يغلب فيه التلاحق) أي: يحدث بعد الموجود ويلحقه في الإدراك (ويختلط الثاني) الحادثُ (بالأوّلِ) الموجودِ قبله بحيث لا يبقى تميّزٌ بينهما (كالتين والقثّاء) والبطّيخ والباذنجان (لم يصحّ البيع إلاّ بشرط أن يقطع المشتري ثمرتَه) أو زرعه؛ فإنّه قد يؤدّي إلى العجز عن التسليم؛ لعدم العلم بالمبيع.

وقوله: "إلاّ بشرط القطع" يفهِم عدم الجواز بشرط الإبقاء أو الإطلاق، وهو الذي عليه الجمهور، لكن قال الإمام: "لو أطلق البيع فيها صحّ البيع ولزم القطع؛ لعدم التعرّض لما ينافي مقتضى العقد"[2].

(ولو اتّفق التلاحق والاختلاط فيما يندران فيه) وقد شُرِط فيها الإبقاء، أو أُطلِق البيعُ (كالعنب) والكمّثرى (فالأظهر) من الوجهين (أنّه لا ينفسخ البيع)؛ لبقاء عين المبيع، وإمكان إمضاء البيع بالمسامحة والتراضي.

والثاني: ينفسخ؛ لعدم العلم بالمبيع وتعذّر التسليم، والتسامحُ قد يُفضي إلى غبن أحدهما فلا ينحسم باب الندامة.

(ولكن للمشتري الخيار) في الفسخ، والإمضاءُ على أن يقسما بالتراضي، ووجهُ الخيار؛ تعذّرُ تصرّفه بسبب الاختلاط.

ومحلّ الخلاف فيما إذا لم يمكن التميّز بين المتلاحقين بالاجتهاد والأمارات، فإن أمكن فلا انفساخ جزماً.

---

(١) ينظر: العزيز ط. العلمية (٤/ ٣٦٠) ففيه أنّ هنا ثلاثة طرق، وأنّ أظهرها أنّه على القولين، والثاني: أنّها من ضمان المشتري قولاً واحداً، والثالث: أنّها من ضمان البائع قولاً واحداً، إلاّ أن يكون قصد الشارح بأرباب النقل رواة الإمام الشافعيّ رحمهم الله.

(٢) نهاية المطلب (٥/ ١٢٢).

(**فإن سمح البائع له بما يحدث**)[١] وأعرض عنه وأباحه له، وهذا معنى المسامحة؛ لأنّ التمليك غير ممكن؛ لعدم العلم (**سقط خياره في أصحّ الوجهين**)؛ لرفع المانع من التصرّف وإزاحة تعلّله.

والثاني: لا يسقط خياره؛ لما في المسامحة من ثقل المنّة.

ولو شرط القطع فيما لا يندر الاختلاط ولم يتّفق القطع حتّى اختلطا ففي الانفساخ وعدمه وخيار المشتري على القول بعدم الانفساخ وسقوطه وعدم السقوط عند التسامح الخلافُ الذي سمعتَ[٢] فيما يندر.

ولو كان الاختلاط في الصورة الثانية بعد التخلية ففي جريان الخلاف طريقان:

أحدهما: القطع بعدم الانفساخ، والأمر إنّما هو القسمة بالتراضي[٣].

وأصحّهما: طردُ الخلاف والتفصيلُ[٤].

***

(فصلٌ:) في المحاقلة والمزابنة والعُرايا

والمناسب أن يذكر هذه المذكورات في فصل الربا، أو في البيوع المنهيّة، لكنّه ذكر[ها] هنا؛ تبعاً لما في مختصر المزنيّ عن الشافعيّ؛ فإنّه إنّما ذكرها هنا؛ لمناسبتها في بيع الأشجار والثمار[٥].

(**لا يجوز بيع الحنطة في سنبلها**) أي: محصودةً أو قائمةً (**بالحنطة الصافية**) عن التبنِ وغيرِه؛ لأنّ المثمن والثمن ربويّان من جنسٍ واحدٍ، ولا تتحقّق المماثلة المشروطة في

---

(١) أي: الثمر الّذي حدث. منه، وفي المحرر المطبوع: "بما حدث".
(٢) وقرأتَ قبل أسطر، أنّ فيه وجهين، والأظهر أنّه لا ينفسخ البيع وللمشتري الخيار في الفسخ أو الإمضاء على التقسيم بالتراضي.
(٣) ينظر: الإقناع للشربيني (٢/ ٢٩٠).
(٤) طرد الخلاف الذي سبق فيما يندر، والتفصيل بين سماح البائع وسقوط الخيار، أو عدم سماحه وخيار المشتري.
(٥) مختصر المزني طبع دار المعرفة، المطبوع مع كتاب الأم للإمام الشافعي (ص ٨٠-٨١).

بيع الربويّات؛ لابتناء البيع فيها على الجزاف[1] والتخمين بالحزر[2]، مع أنّ فيه انتفاءَ الرؤية أيضاً (**وهو**) بيع (**المحاقلة**) الذي نهى عنه رسولُ الله ﷺ[3]، وهو الغرض في ذكر التسمية.

ثمّ هي من الحقل وهي المزرعة المزروعة، وذكر في الدستور[4]: أنّ الحقل هو السنبلة؛ لأنّ الحقل في أصل اللغة كلّ ما يستر فيه شيءٌ، أو يحصل منه شيءٌ.

ولو بيعت هكذا بغير جنسها من الشعير والأرزّ ونحو ذلك صحّ جزماً؛ لعدم اشتراط التساوي وانتفاء المعنى المراد بالنهي، وقيل: لا يجوز لإطلاق النهي.

(**ولا**) يجوز (**بيع الرُّطَب على رأس [النخلة] بالتمر على وجه الأرض**)؛ لما مرّ في فصل الربا من عدم تحقّق المماثلة.

ولا تكرار مع ما ذكر هناك؛ لأنّ هناك فيما إذا كان على وجه الأرض، والمعنى وإن كان واحداً في الصورتين، إلاّ أنّه أفرد هذا بالذكر ليرتّب عليها استثناءَ العرايا.

(**وهو المزابنة**) المنهيّ عنها، من الزبن وهو الدفع. وسمّي هراش الديَكة زبوناً؛ لأنّهما يتدافعان[5]. سمّيت بذلك؛ لأنّ كلاّ من المتبايعين يريد دفع الآخر مغبوناً واندفاعه رابحاً؛ لأنّها مبنيّةٌ على الحزر والتخمين، هذا أحسنُ ما ذكر فيها.

(**ولا يغني**) عن الربا (**تقديرُ ما على رأس النخيل خرصاً**) أي: حزراً[6] وتخميناً (**بقدر كيل التمر**)؛ لما مرّ: «**أنّه ﷺ سُئل عن بيع الرطب بالتمر قال: فهل**

---

(١) الجُزَافُ والجُزَافَةُ مُثَلَّثَتَينِ والمُجازَفَةُ: الحدسُ في البيعِ والشراءِ، مُعَرَّبُ كزاف. القاموس (١/ ١٠٢٩).

(٢) الحَزْرُ: التقديرُ والخرصُ كالمحزَرةِ يَحْزُرُ ويَحْزِرُ. القاموس: باب الراء فصل الحاء (١/ ٤٧٩)

(٣) كما في صحيح البخاري، رقم (٢٢٠٧): «عن أَنَسِ بن مَالِكٍ ﷺ أَنَّهُ قال: نهى رسول اللّه ﷺ عن المُحَاقَلَةِ وَالمُخَاضَرَةِ وَالمُلَامَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ وَالمُزَابَنَةِ»، وفي صحيح مسلم، رقم (٨٣- (١٥٣٦).

(٤) في كشف الظنون (١/ ٧٥٤): ذكر كتاب باسم: دستور اللغة، قال: وهو من الكتب المختصرة في اللغة، لبديع الزمان حسين بن إبراهيم النطنزي (ت ٤٩٩هـ)، ولم أحصل على هذا المصدر.

(٥) راجعت المعاجم اللغويّة فلم أجد استعمال الهراش والمهارشة لحرب الديكة، بل لحرب الكلاب، ولا الزبون للديك بل للناقة التي تَضرِبُ حالِبَها وتَدفَعُه. ينظر: الصحاح للجوهري (ص١٠٩٦)، وتاج العروس (١٧/ ٤٥٩- ٤٦١)، و(٣٥/ ١٣٥).

(٦) الحَزْرُ: التقدير والخَرصُ. ... والحازِرُ: الخارص. الصحاح (ص٢٢٩): مادّة: (حزر).

ينقُصُ الرُّطَبُ بعد الجفاف؟، قيل: نعم، فقال: إذاً فلا تَبيعُوا»[١].

(نعم) الأمر كما ذُكر، لكن **(أُرخِص)** أي: وردت الرخصة، وهي: ما ثبت عن الشارع على خلاف القياس[٢]، ويقابلها العزيمة، وهي: ما كان على القياس[٣] فرضاً كان أو سنّةً **(في العُرايا)** بضمّ العَين[٤]، وهي إمّا من العُري بمعنى الظهور- ومنه سمّي فاقد الثوب عُرياناً- أو من العراية، وهي الوصول والإلحاق- ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱعۡتَرَىٰكَ﴾[٥] أي: أوصل إليك المكروهَ، فإن كان من الأوّل فإنّما سمّيت بها؛ لأنّ المبيعة منها عريّة[٦] عن سائر البستان، وإن كان من الثاني فلأنّ المتبايعين يصلان إلى مرامهما بالرخصة الشرعيّة.

(والمراد) بالعرايا **(بيعُ الرُّطب)** على النخيل **(بالتمر)** على وجه الأرض **(على هذه الصورة)** وهي: كون الرطب على النخيل، والتمر على الأرض. وهذا الشرط مورد

---

(١) رواه جمع من الأئمة: منهم: الإمام مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي مالك (ت١٧٩هـ) في الموطأ: تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي: دار إحياء التراث العربي - مصر، كتاب البيوع: (٢/ ٦٢٣)، رقم: (١٢٩٣). و أبو داود في سننه، رقم (٣٣٥٩). و هذا الحديث صحيح، ينظر: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت: ٨٠٤هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط و عبدالله بن سليمان وياسر بن كمال،ط.: الاولى، (١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م) - دار الهجرة - الرياض-السعودية: (٦/ ٤٧٨).

(٢) القياس هنا بمعنى الدليل؛ كما في قول السبكي: الحكم إن يثبت على خلاف الدليل لعذر فرخصة، ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج للبيضاوي، تأليف: علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٥٦هـ)، تحقيق: جماعة من العلماء،ط.: (١)،(١٤٠٤هـ): دار الكتب العلمية - بيروت: (١/ ٨١).

(٣) أي: الدليل، ينظر: المصدر نفسه (١/ ٨٢).

(٤) لا يترجح جمع عريّة على عرايا بضم العين، بل الفتح هو الراجح: ينظر: شرح الأشمونى على ألفية ابن مالك (١ / ٤٦٥).

(٥) (هود: ٥٤). وتمام الآية الكريمة: ﴿إِن نَّقُولُ إِلَّا ٱعۡتَرَىٰكَ بَعۡضُ ءَالِهَتِنَا بِسُوٓءٍۗ قَالَ إِنِّيٓ أُشۡهِدُ ٱللَّهَ وَٱشۡهَدُوٓاْ أَنِّي بَرِيٓءٞ مِّمَّا تُشۡرِكُونَ﴾

(٦) من القواعد الصرفية أنّ فعيلاً بمعنى مفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث إذا ذكر الموصوف، وإنما أدخلت فيها التاء لأنها أفردت عن موصوفها فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة والأكيلة ولو جئت بها مع النخلة قلت نخلة عريّ، ينظر: شرح الرضي على الكافية (٣ / ٣٣٣)، وعمدة القاري ، تأليف: بدر الدين محمود بن أحمد العيني (ت:٨٥٥هـ)-: دار إحياء التراث العربي - بيروت: (١١/ ٢٩١).

الرخصة (**في ما دون خمسة أوسق**)[1] على تقدير الجفاف بخرص الخارص.

والأصل في الرخصة ما روي عن [سَهلِ بنَ أَبِي حَثمَةَ]: «**نَهَى عن بَيعِ الرُّطَبِ بالتّمرِ، ورخَّصَ في العُرايا أن يُباع بخَرصها يأكُلُها أهلُها رَطباً**»[2]. وروي عن أبي هريرة «**أنهﷺ رَخَّصَ فِي بَيعِ العَرَايَا بِخَرصِهَا فِيمَا دُونَ خَمسَةِ أَوسُقٍ، أَوفِي خَمسَةِ أَوسُقٍ، شكَّ الراوي**»[3] فاحتاط الشافعيُّ وأخَذ بالأقلّ في أظهر قوليه.

وصورته أن يباع رطبُ نخَلاتٍ على رأسها يجيء جفافاً أربعةَ أوسُقٍ خرصاً أو حزراً بأربعةِ أوسُقِ تمرٍ.

(**ولو زاد عليه**) أي: على ما دون ذلك (**في صفقتين فصاعداً فلا بأس**)؛ لتناول الرخصة كلاً منهما، وفي معنى الصفقتين بالفعل كلّ ما يتعدَّدُ به الصفقة من تعدُّد البائع، وتفصيل الثمن، وكذا تعدُّد المشتري، وتعدُّد الموكِّل أو الوكيل على الخلاف المارّ[4].

(**ولا بدَّ فيه من التقابُضِ**)؛ لأنّهما ربويّان من جنسٍ واحدٍ اعتُبِر تماثلهما خرصاً بضرورة الرخصة (**بتسليم التمر كيلاً وبالتخليةِ في النخيل**) الّتي عليها الرُّطَب، وليكن قبل التفرّق كسائر الربويّات.

وأمّا المماثلةُ: فإن أُكِلتِ الرُّطَبُ رَطباً فقد حصَلت المماثلة خَرصاً بالرُّخصةِ، وإن لم يؤكل وجُفِّفَ فلا بدَّ من أن يُكتالَ: فإن لم يظهر تفاوتٌ فذاك، وإن ظهر فإن كان ممّا يقع بين الكيلين فلا بأسَ، وإن كان أكثرَ فالعقد باطلٌ، فيردُّ الزيادة ويتقاصّان في الباقي؛ لأنّهما مثليّان.

(**وبيع العرايا في العنب كهو في الرُّطب**) فيصحّ فيما دون خمسة أوسق على التفصيل

---

(١) الوسق ستون صاعاً، والصاع أربعة أمداد، والمد بالوزن العصري هو ٦٥٠ جرام تقريباً فيكون الصاع: ٦٥٠ × ٤ = ٢٦٠٠ غراماً فالوسق يساوي ٢٦٠٠ × ٦٠ = ١٥٦٠٠٠ غراما تقريباً، أي: (١٥٦) كيلو غرام. ينظر: الصاع بين المقاييس القديمة والحديثة، بحث للشيخ: عبدالله بن منصور (١/ ٤).

(٢) رواه البخاري، رقم (٢١٩١)، وطبع دار طوق النجاة (٧٦)، رقم (٢١٩١)، ولفظه: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِﷺ نهى عن بَيعِ الثَّمَرِ بِالتَّمرِ وَرَخَّصَ في العَرِيَّةِ أن تُبَاعَ بِخَرصِهَا يَأكُلُهَا أَهلُهَا رُطَبًا». ومسلم، رقم (٦٨- (١٥٤٠).

(٣) رواه البخاري، رقم (٢٢٥٣)، وطبع دار طوق النجاة، رقم (٢٣٨٢).

(٤) في تعدّد الصفقة.

المذكـور؛ بالقيـاس عـلى الرطـب بجامـع كونهـما زكَويَّـين يمكـن خرصهـما ويدّخـر يابسُـهما.

(وأصـحّ القولـين أنّـه) أي: بيـعَ العرايـا (لا يجـوز في سـائر الثـمار) كالتـين والمشـمش مثـلاً؛ لأنّهـا لا يمكـن خرصهـا؛ لتفرّقهـا وكونهـا مسـتورةً بـالأوراق، والخرص شرط الرخصـة.

والثـاني: الجـواز؛ لإمكـان خرصَهـا أيضـاً بالتتبّـع، وإن عسر فتقـاس عـلى الرُّطـب بجامـع الاحتيـاج؛ لتفـاوت التفكُّـه رَطبـاً ويابسـاً.

(و) الأصـحّ (أنّ هـذا العقـدَ) أي: عقـدَ العرايـا في الرُطَـب والتمـر والعنـب والزبيـب (لا يختـصّ بالفقـراء)؛ لإطـلاق الأخبـار في ذلـك مـن غـير تقييـدٍ بالفقـراء، ولأنّ الفقـراء والأغنيـاء قـد يتسـاوون في الاحتيـاج إليهـا.

والثاني: أنّه يختصّ بالفقراء؛ لأنّ الرخصة إنّما وردت فيهم، والرخصة لا يتجاوز موردَها[1].

وأُجيـب: أوّلاً: بمنـع ورود الرخصـة في الفقـراء، بـل إنّـما وردت عامّـاً؛ لأنّ الحديـث المسـتدلّ بـه للاختصـاص[2] إسـناده منقطـع[3]، كـما صرّح بـه الجـلاليّ[4].

---

(١) ينظر: الإبهاج لتاج الدين السبكي (٣/ ٣٠)، وتقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، تأليف: أبي شجاع محمد بن علي بن شعيب (ت: ٥٩٢هـ)، تحقيق: د. صالح بن ناصر، ط.: الأولى، (١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م)-: مكتبة الرشد - السعودية: (٤/ ١٢٩).

(٢) (»، ونص الحديث: «عن زيد بن ثابت أنّ رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى النبي ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونها رطبا». رواه الشافعي (ت٢٠٤هـ) في كتاب: الأم، طبع: دار المعرفة (١٣٩٣هـ)- بيروت: (٣/ ٥٤). والبيهقي في كتابه: معرفة السنن والآثار عن الامام أبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي، تحقيق: سيد كسروي حسن: دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت رقم: (٣٤٤٦): (٤/ ٣٤٣). بإسناد منقطع، وأصله بدون هذه القصة في الصحيحين. ينظر: خلاصة البدر المنير في تخريج كتاب الشرح الكبير لابن الملقن سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت: ٨٠٤هـ)، تحقيق: حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي،ط.: الأولى، (١٤١٠هـ) -مكتبة الرشد- الرياض: (٢/ ٧٥).

(٣) التعريف الصحيح عند الفقهاء و المحدثين للمنقطع أنّه ما لم يتصل إسناده على أيّ وجه كان. ينظر: تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، لجلال الدين السيوطي (ت٩١١هـ)، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف- مكتبة الرياض الحديثة - الرياض: (١/ ٢٠٧).

(٤) شرح الجلال المحلّي على المنهاج (٢/ ٢٩٦)، وضعفه ابن حزم أيضاً فقال: ذَكَرَ فيه حَدِيثًا لاَ يَدرِي أَحَدٌ مُنشَأَهُ وَلاَ مَبدَأَهُ وَلاَ طَرِيقَهُ ذَكَرَهُ أَيضًا بِغَيرِ إسنَادٍ إ.هـ. ينظر: المحلى، تأليف: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد (ت:٤٥٦هـ)، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي-: دار الآفاق الجديدة - بيروت: (٨/ ٤٦٣).

وثانياً: بأنّ حكمة هذا شرعيّة لا عليّة، ولو كانت عليّةً فقد تعمّ العلّيّة أيضاً، كالرمَل والاضطباع، والجهر والسرّ في الصلاة، والقصر في السفر، فإنّ لكلّ واحدٍ منها مورداً خاصّاً كما هو المعروف، ثمّ عمّت؛ لعموم البلوى.

ثمّ المراد بالفقراء: الّذين لا نقد لهم يشترون به رُطَباً، وإن كان لهم قنطارٌ[1] من سائر الأموال؛ لأنّهم مورد الرخصة لو ثبتت.

***

اختلاف المتبايعين

(**فصل: إذا اختلف المتبايعان في كيفيّة البيع الجاري بينهما**) بأن اختلفا على أنّ البيع كيف جرى؟ (**بعد اتّفاقهما على صحّته**)؛ لحصول شرائطه أجمعَ (**بأن اختلفا في قدر الثمن**) فيدّعي البائعُ كثرتَه، والمشتري قلّتَه، كمائة وتسعين مثلاً.

(**أو جنسِه**) كالحنطة والشعير، أو الذهب والفضّة مثلاً (**أو**) في (**صفته**) كالحمراء والصفراء، أو الصحاح والمكسّر، أو البَرنيّ[2] والمَعقَليّ[3] (**أو**) في (**تأجيله**) أي: تأجيل الثمن: فيثبتُه أحدُهما، وينفي الآخرُ (**أو في قدر الأجل**) بعد الاتّفاق على التأجيل: [فيقدِّره] أحدُهما بشهرٍ، والآخرُ بشهرين مثلاً (**أو في قدر المبيع**) يقدّر أحدُهما بعشرة آصُعٍ[4] مثلاً، ويزيد الآخر أو ينقص (**فإن كان لأحدهما بيّنةٌ قُضيَ له بها**)؛ لأنّ البيّنة أقوى الحجج في الخصومات.

---

(١) القنطار: معيار مختلف المقدار عند الناس، وهو بمصر في زماننا مائة رطل، وهو: (٤٤ ٩٢٨) من الكيلوجرامات، والمال الكثير، ج: قناطير. المعجم الوسيط (٢/ ٧٦٢).

(٢) البَرنِيُّ:- بالفتحِ - تَمرٌ مَعروفٌ أصفرُ مُدَوَّرٌ وهو أجودُ التَّمر واحِدَتُه بَرنِيَّةٌ. تاج العروس (٣٤/ ٢٤٢). (برن).

(٣) قولهم: التمر المعقلي:- هو بفتح الميم وإسكان العين - هو نوع معروف، قيل: منسوب إلى معقل بن يسار. تهذيب الأسماء (٣/ ٢١٨).

(٤) الصاع: ثمانية أرطالٍ عند أهل العراق، وعند أهل الحجاز خمسةُ أرطالٍ وثلُث رطلٍ، وعن مالكٍ: صاعُ المدينة تَحرّي عبد الملك، فالمصير إلى صاع عُمر رضي الله عنه أولى، وجمعُه: أصوُعٌ وصِيعانٌ، وأما آصُعٌ فقلَبُ أصوع بالهمزة لِضمّة الواو كآدُرٍ في أدؤُر جمع دارٍ: عن أبي عليّ الفارسي. المغرب (١ / ٤٨٦-٤٨٧) مادّة: (صوع).

[وإن أقام]كلٌّ منهما بيّنةً: فإن اتّفقا تأريخًا فتساقطا، وإلاّ قُضِي بأسبقهما تأريخاً ولو أطلق المدّعي إحدى البينتين، أو قيّد أحدهما بمكانٍ، أو بيّن لون الثمن أو السكّة المضروب بها، أو تقدّم لفظ [أحدهما على الآخر][قضي بها وإن اتّفقتا تأريخاً؛ لاستنادها إلى زيادة العلم كما يأتي في بابه].

(**وإلاّ فيتحالفان**)؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهمامدّعٍ لقوله، منكرٌ لمقول الآخر، فليس أحدُهما أولى بالتحليف من الآخر (**يحلف كلّ واحدٍ منهما على نفيِ ما يقوله صاحبُه، وإثباتِ ما يقوله هو**)، هذا تفسير للتحالف.

(**وأظهر الأقوال أنّه يُبدأ بالبائع**)؛ لأنّ منشأ العقد منه، والمبيع هو المعقود عليه وهو منه، فالبائع هو الأصل في الباب.

(**والثاني: يبدأُ بالمشتري**)؛ لأنّ العقد به يتمُّ، وبقبضه يلزم العقد.

(**والثالث: يتساويان**)؛ لأنّه لو نظرنا إلى العقد فهما ركنان لا مزيّة لأحدهما على الآخر، ولو نظرنا إلى الدعوى فكلٌّ مدّعٍ ومدّعىً عليه، فترجيحُ أحدهما تحكُّمٌ. (**وعلى هذا**) أي: على القول بالتساوي (**فيتخيّر الحاكم**) حتّى يبدأ بأيّهما شاء (**أو يُقرع بينهما؟ فيه وجهان: أظهرهما الأوّلُ**)؛ لأنّ للحاكم اختصاصَ نظرٍ في الأمور المختلف فيها، فيكون ابتداؤه بأحدِهما كالاجتهاد بترجيح جانبه.

والثاني: يُقرع بينهما، فعلى أيّهما خرجت القرعة يُبدَأُ به؛ لأنّ القرعة أقربُ إلى زوال الحقد، وأبعدُ عن توهُّم الميل، فهو كما جاءا معاً مجلسَه للدعوى. والخلاف في الاستحباب والاستحقاق.

(**ويُكتفى من كلّ واحد بيمينٍ واحدٍ يجمع فيه بين النفي والإثبات على الأصحّ**) من الوجهين؛ لرجوعهما إلى معنىً واحدٍ، وهو تقرير العقد على ما قدّره.

والثاني: أنّه لا بدَّ من يمينين: يمينٍ للنفي، ويمينٍ للإثبات؛ لأنّ النفيَ والإثباتَ أمران مختلفان، فلا بدَّ أن يكون لكلٍّ يمينٌ كسائر الأمور المحلوف عليها، وعلى هذا قال حجّة الإسلام في الوجيز والوسيط: يقول البائع: ليس الأمر كما تقول، ويحلف

عليه، ثمَّ يقول المشتري: ليس الأمر كما تقول، ويحلفُ عليه، ثمَّ يقول البائعُ: الأمرُ كما قلتُ، ويحلفُ عليه، ثمَّ يقول المشتري: الأمرُ كما قلتُ، ويحلفُ عليه[1].

(وينبغي) أي: يُستحَبُّ فيما يكتفى بيمينٍ **(أن يُقدَّمَ النفيُ على الإثبات)**؛ لأنّ النفي أصلٌ، والإثبات عارضٌ بخصوص أمرٍ، فيكون اصلاً في اليمين **(فيقول: ما بعتُ بكذا، وإنّما بعتُ بكذا)** ويقول المشتري: ما اشتريتُ بكذا، وإنّما اشتريتُ بكذا.

وعبارة التنبيه: "ما بعتُ بكذا، ولقد بعتُ بكذا"، وعدل إليها النوويُّ في المنهاج[2].

وقال الجلاليُّ: "لأنّه لاحاجة إلى الحصر بعد النفي"[3]؛ لأنّ "إنّما" يفيد النفيَ والإثباتَ[4]، فذكرُه بعد النفي تكرارٌ للنفي، ولعلّ المصنّفَ إنّما ذكَرَ "إنّما" تأكيداً لما يحلف عليه كما هو العادة في الأيمان.

فإذا حلف أحدُهما دون الآخر قُضِيَ له بما حلف عليه.

(وإذا تحالفا) أو نكلا- لم يذكر المصنفُ النكول؛ إذ نكولهما كالحلف بلا فرقٍ- **(فأصحُّ الوجهين أنّ العقد لا ينفسخ)** بنفس التحالف؛ لإمكان إمضائه بالتراضي والتسامح.

والثاني: أنّه ينفسخ بنفس التحالف أو النكول؛ لتعذّر التسليم[5] أو التسلُّم في حالة العقد، فكأنّ المبيعَ أو الثمنَ ممّا لا يمكن تسليمُه.

---

(١) عبارة الغزاليّ: "نص الشافعي ﷺ أن البائع يحلف يميناً واحدة يبدأ فيها بالنفي ويقول والله إني ما بعته بخمسمائة وإنما بعته بألف ويقول المشتري والله ما اشتريته بألف وإنما اشتريته بخمسمائة" فالشارح مضى على نهجه الغالب وهو الرواية بالمعنى. ينظر: الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، دار النشر: دار السلام - القاهرة - ١٤١٧، ط: الأولى، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم أحمد محمد تامر: (٣/ ٢١٠): والوجيز له أيضاً (١/ ١٥٣).

(٢) عبارة التنبيه (ص٢٨٠): فيحلف أنه ما باع بكذا ولقد باع بكذا ويحلف المشتري أنه ما اشترى بكذا ولقد اشترى بكذا، وعبارة منهاج الطالبين للنووي (١/ ٥٢): فيقول ما بعت بكذا ولقد بعت بكذا، فعادة المصنف الغالبة النقل بالمعنى، وقصده تبديل لفظة: "وإنّما" ب "ولقد" فالذي في الوضوح نص المنهاج، لا التنبيه.

(٣) شرح المحلّي على المنهاج بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٢٩٧).

(٤) لأنه يتضمّن معنى ما النافية وإلاّ الاستثنائية، والاستثناء من النفي إثبات وعكسه. ينظر مختصر المعاني (١/ ١١٢)، وهمع الهوامع في شرح جمع الجوامع في النحو، تأليف: جلال الدين السيوطي (ت٩١١هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي: المكتبة التوفيقية – مصر (٢/ ٢٦٨).

(٥) من جانب البائع. منه.

(لكن) على الأوّل (إن ساعدَ) أي: وافقَ (أحدُهما الآخر) بما قاله (فذاك) أي: فذاك المعقود عليه، أو فذاك ما يقطع به التخاصم (وإلاّ) أي: وإن لم يساعد أحدُهما الآخرَ (فينفسخ العقدُ، وفي من يفسخ وجهان: أحدُهما: الحاكمُ)؛ لأنّ الفسخ من الأمور الاجتهاديّة فيختصُّ بالحاكم.

(وأظهرهما: أنّ للمتبايعين أو لأحدهما الفسخَ أيضاً) أي: كما للحاكم الاختصاصُ به؛ لأنّ الفسخ فرعُ العقد، وفي العقد لا حاجةَ إلى الحاكم، فكذلك في الفسخ.

(ثُمَّ) أي: بعد الفسخ والانفساخ على الخلاف (على المشتري ردُّ المبيع إن كان باقياً) بزوائده المتّصلة دون المنفصلة؛ لأنّ الفسخ لا يرفع العقد من أصله، وإنّما يرفعه حين الفسخ.

(وإن كان) المبيعُ (تالفاً: إمّا حسّاً) كالموت، والأكل، والتنجيس إن كان مائعاً (أو حكماً: بأن وَقَف المبيعَ[1]، أو أعتَقَه، أو باعه) أو وهَبه وأقبضَه، أو جعله صداقَ زوجته (فعليه) أي: على المشتري (قيمتُه) أي: قيمةُ المبيع المُتلَف والتالف سواءٌ كان مثليّاً[2] أو متقوّماً، على ما صحّحه صاحب الحاوي الكبير اعتماداً على ما في الشامل[3]؛ لأنّ المبيعَ مضمونٌ على المشتري بالقيمة، وعلى البائع بالثمن، لكن قال ابن الرفعة في المطلب: "المشهور وجوبُ المثل في المثليّ كما في سائر الإتلاف"[4].

فالأوّل أوفق لكلام الجمهور، والثاني أقرب إلى القياس.

(والاعتبار بقيمة يوم التلف على أصحّ الأقوال) الأربعة؛ لأنّه اليومُ الّذي أيِس عن الردّ فيه.

والثاني: الاعتبارُ بقيمة يوم القبض؛ لأنّه اليومُ الّذي دخل في ضمانه وخرج عن ضمان البائع.

---

(١) الوقف لغة: الحبس، وشرعاً: حبس المملوك وتسبيل منفعته مع بقاء عينه ودوام الانتفاع به. التعاريف (١/ ٧٣١).

(٢) المثليّ: ما كان مكيلاً أو موزوناً وجاز السلم فيه. تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ١٩٣).

(٣) عبارة الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٤): فإن كانت مما لا مثل لها وجب رد قيمتها.إ.هـ. ولم أحصل على كتاب الشامل لابن الصباغ.

(٤) ينظر: كنز الراغبين بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٢٩٨)، ولم أحصل على المطلب العالي.

والثالثُ: أقلُّ القيمتين من يوم البيع إلى يوم القبض؛ لحدوث الزيادات في ملك المشتري، فلا يضمن إلاّ بما كان عليه قبل ملكه.

والرابعُ: بأقصى القِيَم، أي: أرفعِهامن يوم القبض إلى يوم التلف؛ لأنّه كان يجب عليه ردُّه على ما كان لو كان باقياً، وقد أخرجه عن إمكان الردّ فأشبهَ الغاصبَ الّذي أخرج المغصوبَ عن إمكان الردّ فيَضمنُ بأقصى القِيَم.

(**وإن كان**) المبيع (**قد تعيَّبَ في يده**) بآفةٍ، أو جنايةِ جانٍ (**ردَّه مع الأرش**) وهو ما نقص من قيمته؛ لأنّ الكلَّ مضمونٌ عليه بالقيمة فكذلك النقصُ.

وإن كان التعيُّبُ بتلف الجزء ففي اختلاف الحكم بالقيمة أو المثل ما مرّ في تلف الكلِّ.

(**والاختلافُ**) في كيفيّة البيع الجاري بعد الاتّفاق على الصحّة (**بين ورثة المتبايعين كالاختلاف بينهما**) أي: بين المتبايعين؛ لقيامِهما مقامَهما، وانتقالِ الملك إليهما، فيعود التفصيل.

وكذا الاختلافُ بين أحدِهما ووارثِ الآخر.

(**ولو قال المنتقل منه:**)- ولم يقل: "البائع"؛ تحاشياً عن وصمة الكذب- (**بعتُك هذا بكذا**) فعليك تسليمُه إليَّ من الثمن (**فقال**) المنتقَل إليه: (**بل وهبتَنيه**) ولا ثمنَ عليَّ (**لم يتحالفا هكذا**) أي: على نفي ما يقولُ صاحبه وإثباتِ ما يقول هو؛ لعدم اتّفاقهما على صحّة عقدٍ (**لكن يحلف كلُّ واحدٍ منهما على نفي ما يدّعيه الآخر**)؛ لإمكان أن [لا يحلف] ويعترفَ بما يدّعيه صاحبُه إذا عُرض على اليمين، فمدّعي الهبة يحلف على أنّ صاحبه ما باعه، ومدّعي البيع بأنّه ما وهبه.

(**فإذا حلفا**) أو نكلا (**فعلى مدّعي الهبة الردُّ بزوائده**) المتّصلةِ والمنفصلةِ؛ إذ الأصل بقاؤه في ملك المنتقَل منه، وبراءةُ المنتقَلِ إليه ممّا يدّعيه؛ عملاً بالأصلين فيهما، لكن لا أجرة على المنتقَل إليه في زمن الدعوى؛ لعدم الجزم بعدم ملكه.

ولو تلف عنده حسّاً فيُضمَن [المتقوِّم] بالقيمة، والمثليُّ بالمثل بلا خلافٍ، والمتلَفُ حكماً يُردّ؛ لبطلانه في الأصل، بخلاف ما مرّ.

(ولو ادّعى أحدُهما صحّةَ البيع) بائعاً كان، أو مشترياً **(والآخرُ فسادَه: مثل أن يقول: بعتُك بألفٍ، ويقولَ المشتري: بل بألفٍ وزِقّ**[1] **خمرٍ)** أو بالعكس، وليكن زقُّ الخمر مجهولاً ليتعذّر تفريقُ الصفقة، أو نجعل الدعوى في فساد الجزء كالدعوى في فساد الكلِّ، وكذا لو ادّعى أحدهما اشتمال العقد على شرطٍ فاسدٍ: بأن قال: بعتُك بشرط [البيع] أو القرض، وأنكر الآخرُ **(فأصحُّ الوجهين أنّ القولَ قولُ من يدّعي الصحّةَ مع يمينه)**؛ لاتّفاقهما على العقد وإنّما الاختلافُ في صحّته، والأصل في عقدٍ جرى بين مسلمين صحّتُه، ولأنّ قوله يوافق الظاهرَ.

والثاني: يُصدّق مدّعي الفساد؛ لأنّ الأصلَ بقاءُ الأموال على ما كان، ولا يُزال إلاّ بيقينٍ، ولا يقينَ هناك، فالأصلُ بقاؤها على ما كان وعدمُ الصحّة[2].

فإن حلف مدّعي الصحّة على الأوّل أُمضي العقدُ على ما كان ولا يلزم إلاّ الألفُ، وإن نكل ردّ المأخوذ بزوائده [ثمناً] أو مثمناً؛ لانتفاء العقد من أصله.

(ولو اشترى عبداً) وأقبضه وغاب معه **(ثُمَّ جاء)** بعد ما غاب **(بعبدٍ يردُّه بعيبٍ فيه، فقال البائعُ: ليس هذا الّذي بعتُه منك فالقولُ قولُه)** أي: قولُ البائع **(بيمينه)**، وعلى المشتري البيّنةُ على أنّه المبيعُ؛ لأنّ العقد جرى على الصحّة، والمشتري يريد فسخَه، والبائعُ إمضاءَه، والأصلُ مُضيُّه على الصحّة والسلامة.

(وفي مثله) أي: مثل النزاع المذكور **(في السلم فالقولُ قولُ المُسلِم)** أي: الّذي بمنزلة المشتري، وذلك: بأن يَقبِضَ المسلِمُ العبدَ الموصوفَ من المُسلَم إليه على أنّه المُسلَمُ فيه على الأوصاف، ثُمَّ يأتيَ المسلِمُ بعبدٍ يردُّه بعيبٍ فيه، فيقولَ المُسلَم إليه: ليس هذا العبدَ الّذي قبضتَ منّي عن المسلَم فيه، فالقولُ قولُ المسلِم **(في أصحّ الوجهين)**، فيحلف على أنّ هذا هو المقبوضُ عن المسلَم فيه؛ لأنَّ الأصلَ بقاء ذمّة المسلَم إليه مشغولةً بحقّ المسلِم.

والثاني: يُصدَّق المسلَم إليه كما يُصدَّق البائعُ؛ لأنّه بمنزلة البائع، وأجيب بالفرق: بأنَّ

---

(١) الزقّ: اسم عام في الظرف: فإن كان فيه لبن فهو وطب، وإن كان فيه سمن فهو نحي، وإن كان فيه عسل فهو عكة، وإن كان فيه ماء فهو شكوة، وإن كان فيه زيت فهو حميت. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية (١/ ٤٨٩).

(٢) مغني المحتاج (٢/ ٩٨).

ثَـمَّ اتّفـق المتبايعـان عـلى صحّـة البيـع وتنازعـا في موجـب الفسـخ والأصـل عدمُـه، وهنـا لم يعترفـا بقبـضٍ صحيـحٍ فذمّـةُ المسـلَم إليـه مشـغولةٌ بحـقّ المسـلِم إلى أن يثبُـت قبـضٌ صحيـحٌ.

ويجـري الوجهـان في الثمَـن عـلى الذمّـة، وصورتُـه: أن يـأتيَ المشـتري بـشيءٍ يـؤدّى عـمّا عليـه مـن الثمـن، فيأخـذَه البائـعُ عـمّا عـلى المشـتري، ثُـمَّ يـأتيَ بمعيـبٍ يـردُّه إلى المشـتري، فيقـول المشـتري: ليـس هـذا الّـذي قبضتَـه منّـي عـن الثمـن، فهـل يُصَـدَّق البائعُ أو المشـتري؟ وليُعلَـم أنّ البائـع هنـا بمنـزلة المسلِم هنـاك.

***

تصرّفات العبد، وما يترتّب عليها

(**فصل: العبدُ**)- خـصّ العبـدَ بالذكـر؛ بنـاءً عـلى الغالـب، وإلاّ فالأمـة في ذلـك كذلـك، ولـو قـال: "الرقيـق" سـلِم عـن المؤاخـذة- (**إن لم يـؤذَن لـه في التجـارة لم يصـحَّ شراؤه بغير إذن السيّد**)، خـصّ الـشريَ بالذكـر؛ - مـع أنّ البيـع لا يصـحّ أيضـاً- لبيـان الخـلاف فيـه، بخـلاف البيـع؛ فإنّـه [لا يصـحّ] جزمـاً (**في أصـحّ القولـين**)؛ لأنّ الرقيـق محجـور عـن التصرّفـات الماليّـة، فـلا وجـهَ لاختصـاص الحجـر ببعـضٍ دون بعـضٍ.

والثـاني: يصـحّ شراؤه بغير عـين مالِـه؛ لتعلّـق الثمـن في الذمّـة والحالـةُ هـذه، ولا حجـرَ للسـيّد في ذمّتـه[1].

فإذا قلنا به فليس لمن باعه عالماً بأنّه غيرُ مأذونٍ الفسخُ ولا مطالبةُ الثمَن إلى العتق.

(**ولمـن بـاع منـه**) [أي: مـن العبـد الغـير المـأذون] (**اسـتردادُ مـا باعـه**)؛ بنـاءً عـلى عـدم الصحّـة؛ لأنّـه لم يـزُل ملكُـه عنـه، فـلا منـعَ لـه مـن الاسـترداد (**سـواءٌ كان**) المبيـعُ (**في يـد السـيّد أو العبـدِ**)؛ لأنّ السـيّد غـيرُ مسـتحقٍّ للقبـض، فهـو كالغاصـب يُسـتردُّ منـه.

(**فـإن تلِـف**) المبيـعُ (**في يـد العبـد تعلّـقَ الضـمانُ بذمّتـه**[2])؛ دون رقبتـه، وإن علـم السـيّد

---

(١) ونسب هذا الماوردي إلى الجمهور. مغني المحتاج (٢/ ٩٩).

(٢) الضمان: الالتزام...، وشرعاً: التزام رشيد عرف من له الحق ديناً ثابتاً لازماً أو أصله اللزوم بلفظ منجز مشعر بالالتزام. التعاريف (١/ ٤٧٥)، وإذا تعلق بذمته يتبع به إذا عتق. الروضة (٤/ ٣٥٢).

آنه في يده ولم ينزع منه؛ لأنّه حصل في يده برضاء المالك، ولم يأذَن السيّدُ فيه، وتعلُّقُ الضمان بالرقبة إنّما يكون إذا حصل في يد العبد بغير رضاء المالك أو بإذن السيّد، وليس واحدٌ منهما، فليُطالَب بعد العتق.

(وإن تلِف في يد السيّد فللمالكَ أن يطالِبَه بالضمان)؛ لأنّه مضمون عليه بقبضه الفاسد، فهو كالغاصب (وله أن يُطالب العبدَ بعد العتق)؛ لزوال المانع وثبوت الحقِّ عليه، ولا يطالبه قبل العتق؛ بناءً على أنّ العبد لا يملّك بالتمليك، فلا يمكنه تحصيلُ المال.

(والاستقراضُ كالشري) في جريانِ الخلاف، ووجوبِ الضمان، وجوازِ الاسترداد؛ لأنّ القرض معاوضةٌ ماليّةٌ كالشري.

وفي كلا الصورتين الضمانُ على العبد بأقلّ القيمتين من يوم القبض إلى يوم التلف؛ إجراءً للفاسد مجرى الصحيح، وعلى السيّد أقصى القيم؛ لأنّه قبَضَه بغير إذن المالك فهو كالغاصب.

(وأمّا) العبد (المأذونُ له في التجارة فله التصرُّف بحسب الإذن)؛ لأنّ الحجر عليه إنّما هو لحقِّه، فإذا أذِن ارتفع الحجر، لكن لا يتجاوز عمّا [أُذن]، كالعامل في مال القراض[1].

(فإذا أُذِن في التجارة في نوعٍ) بدلُ البعض من الكلّ[2] (لا يتصرَّفُ في نوعٍ آخر) كما إذا أُذن في بيع الحيوانات وشرائها، أو في الثياب أو الحبوب فلا يتصرَّف فيما لم يؤذن؛ إذ تصرُّفُه بحسب الإذن، فلا يتجاوز مقتضاه. وفي وجهٍ: إذنُه في نوعٍ رفعٌ لحجره، فيصحُّ شراؤه في سائر الأنواع، ويتعلّقُ الثمن بذمّته.

وحيث أُذن يفيد الإذنُ جوازَ ما هو من لوازم التجارة وتوابعها: كنشر الثياب وطيِّها، والحمل إلى الحانوت، والردِّ بالعيب، والمخاصمة في الاستيفاء، ولو جرت العادة [للتجّار باستئجار الدكاكين] للجلوس فيها فله الاستئجار بأُجرة المثل.

---

(١) القراض لغة: من القرض= القطع، و شرعا: دفع جائز التصرف إلى مثله دراهم أو دنانير ليتّجر فيها بجزء معلوم من الربح. التوقيف على مهمات التعاريف (١ / ٥٧٧).

(٢) البدل في اصطلاح النحويين: تابع هو المقصود بالنسبة بلا واسطة، وهو أربعة اقسام: منها بدل البعض من الكل، وهو أن يكون البدل جزءاً من المبدل منه نحو قبّلت العالمَ يدَه. ينظر: التحفة السنيّة شرح المقدّمة الآجرّوميّة، تأليف: محمد محي الدين عبد الحميد: دار الطلائع: (ص٩٤).

(**وليس له أن يَنكح**) بمجرّد إذن التجارة؛ لأنَّ إذنَ التجارة لا يتناول النكاح، لكن لو رآه يباشر مقدِّمات النكاح كالخِطبة والخُطبة وتقرير المهر واستئذان المرأة فسكت عليه فالّذي رجَّحه المصنِّف في الصغير أنّه يصيرُ مأذوناً في النكاح؛ لإمكانِ منعه منه ولم يمنعه.

(**ولا أن يؤجِّرَ نفسَه**)؛ لأنّه نوعٌ من التصرُّف لم يؤذن فيه، ولم يكن من لوازم التجارة وتوابعها، ولو أُذن له ذلك جاز جزماً. ويجوز أن يؤجّر عبيد التجارة ودوابّها؛ لأنّ ذلك من توابع التجارة استرباحاً.

(**ولا**) يجوز (**أن يأذن لعبده**) الّذي [اشتراه] للتجارة (**في التجارة**)؛ لأنّ إذنَه في التجارة لا يتضمّن جواز إذنه غيرَه، وإضافة العبد إليه مجازٌ والعلاقة تصرُّفُه فيه.

ولو أذِنَ له أن يأذَن لعبده الّذي يشتريه ففي صحّة الإذن وجهان:

أصحُّهما: الصحّة، **والثاني**: لا؛ لأنّه أَذِن فيما لم يوجد.

(**ولا**) يجوز (**أن يتصدَّقَ**) سواءٌ الربحُ ورأسُ المال؛ لأنّ الكلَّ ملكُ السيّد، ولم يتضمَّن إذنُ التجارة جوازَ الصدقة، وسكت عن نفقة نفسه، والصحيح أنّه من الربح، دون رأس المال.

(**ولا**) يجوز (**أن يعامل**) المأذونُ (**سيِّدَه**) بيعاً وشرىً؛ لأنّ الإذن إنّما هو الاسترباح له، ولا استرباح للمالك من المالك، بخلاف المكاتَب؛ لأنّ المال له لا لسيّده، فيجوز الاسترباح منه.

(**ولا ينعزل بالإباق**)[1]؛ إذ الإباق لا ينافي الإذنَ، حتّى لو لم يخصّ السيّدُ الإذنَ ببلدٍ جاز له التصرّف حيث أباق إليه[2].

وفي وجهٍ: ينعزل بالإباق؛ لأنّه بخروجه عن إرادة السيّد يكون كمن عزل نفسَه.

---

(١) أَبِقَ العبد (أبَقًا):- من بابي تعب وقتل في لغة، والأكثر من باب ضرب- إذا هرب من سيده من غير خوف ولا كدِّ عمل، هكذا قيّده في العين وقال الأزهري (الأَبقُ) هروب العبد من سيده و (الإِباقُ) بالكسر اسم منه فهو (آبِقٌ) والجمع (أُبّاقٌ) مثل كافر وكفّار. المصباح المنير (١/ ٢) مادّة: (ابق).

(٢) في النسخ التي عندي: "اباق إليه"، والظاهر: "أبق إليه".

(ولا يصير) العبد (مأذوناً بأن يسكُت السيّدُ على بيعه وشراه)؛ لاحتمال أن يسكت عليه ليعلم تصرّفه فيأذن فيه، بل لا بدَّ من لفظٍ يدلُّ على الإذن في التصرُّف كما في الوكالة، فإنّه وكيلٌ حقيقةً، بخلاف ما لو سكت على نكاحه؛ فإنّه إذنٌ فيه؛ لأنّ المانع من النكاح إنّما هو تضرُّره بالوطءِ وضعفُ قوّته، وقد رضي السيّدُ بذلك حين يراه ينكح ولم يمنعه.

(ويُقبل إقرارُه) أي: العبدِ المأذونِ (بديون المعاملة)؛ لاستلزام الإذنِ صحّةَ التصرّف، واستلزامِ صحّةِ التصرُّفِ الإقرارَ [بالديون الحاصلة] من التصرّف.

ولا فرقَ بين أن يكونَ الإقرارُ لأصوله وفروعه، أو للأجانب، خلافاً لأبي حنيفة[1].

ذكرَ هذه المسألةَ هنا؛ بناءً على أنّ الإقرار من لوازم الإذن، وفي الإقرار؛ بالأصالة في بيان أهليّة المُقِرِّ وفصَّلَه نوعَ تفصيلٍ، فذَكَرها هنا استطراداً، وهنالك أصالةً، فلا تكرارَ.

(ومن عرَف رِقَّ عبدٍ)- من إضافة المعنى إلى الذات كفروسيّة فارس ورجوليّة رجل، فلا يكون من إضافة الشيء إلى نفسه[2]-(لم يُعامله) وجوباً؛ [استصحاباً] لما عرف أوّلاً (حتّى يعرِف كونَه مأذوناً، ولا يكفي فيه قولُ العبد)؛ لأنّه ممّا لا يثبت بالأخبار، مع أنّه إخبارٌ عمّا تضمّن نفعَه، فهو كما لو ادّعى الراهنُ إذنَ المرتهن ببيع المرهون، فالأصل بقاءُ الحجر وعدمُ الإذن.

وفي وجهٍ: يكفي قولُ العبد إذا صدّقه المُعامل، كما لو قال رجلٌ: أنا وكيلُ فلانٍ في بيع مالِه.

---

(١) قال السرخسي: وإذا أقر المأذون لابنه وهو حر أو لابنه أو لزوجته وهي حرة أو لمكاتب ابنه أو لعبد ابنه وعليه دين أو لا دين عليه وعلى المأذون دين أو لا دين عليه فإقراره لهؤلاء باطل في قول أبي حنيفة، وفي قولهما إقراره لهؤلاء جائز، ويشاركون الغرماء في كسبه. ينظر: المبسوط، تأليف: شمس الدين السرخسي: دار المعرفة - بيروت (٢٥/ ٨٠)

(٢) لأنّ إضافة الشيء إلى نفسه لا تجوز، فلا يقال: حركات الحركات. ينظر: أسرار العربية، تأليف: الإمام أبو البركات الأنباري (ت٥٧٧هـ)، تحقيق: د. فخر صالح قدارة، الطبعة: الأولى، (١٤١٥هـ ١٩٩٥م): دار الجيل - بيروت - (١/ ٤٣).

(بل الطريقُ) في إثبات الإذن (أن يسمَع الإذنَ من سيّده، أو تقومَ عليه بيِّنةٌ) وهو واضحٌ.

(ويكفي الشيوعُ بين الناس) بأنّه مأذونٌ (في أصحّ الوجهين) وذلك: بأن يسمع من الناس، ولا بدَّ من السماع من ثلثةٍ فأكثر، ويسمَّى ذلك استفاضةً؛ إذ تعسر إقامةُ البيّنة لكلِّ من يعامله، فيؤدِّي على[1] إعواز تصرُّف العبيد للسادات.

والثاني: أنّه لا يكفي الشيوع والاستفاضة؛ إذ قد ينشأُ من غير أصلٍ، والأصل عدمُ الإذن، فلا يُزال إلاّ باليقين.

وأجيب: بأنّ هذا من معارضة الأصل والظاهر فيما كان الظاهرُ مستنِداً إلى غلبة الظنّ، بل إلى الرؤية والسماع.

وفي قوله: "رقَّ عبدٍ" إشارةٌ إلى أنّ من لم يعرف رِقَّ عبدٍ فعامله ثُمَّ بان أنّه عبدٌ مأذونٌ صحَّ، بخلاف ما لو عرفه عبداً ولم يعرف إذنَه فعامله ثُمَّ بان كونُه مأذوناً، فإنّه لا يصحُّ، والفرقُ: وجوب طلب الصحّة في الثاني دون الأوّل.

(فإذا باع العبدُ) المأذونُ (سِلعةً) ممّا أُذِن فيه (وقبَضَ الثمنَ وتلف في يده) قبل وصوله إلى يد السيِّد (فخرجت السلعةُ مستحَقَّةً) ولم يقل: "حراماً"؛ ليشمل ما لو باع المرهونَ بإذن سيِّده الراهنِ دون إذن المرتهن، فإنّ فيه حقَّ الغير كما في الحرام، وليس بحرامٍ (فللمشتري أن يرجعَ ببدله) أي: بدلِ الثمن.

ووقع في المنهاج: "ببدلها"[2] أي: ببدل ثمنها، على حذف المضاف، وإلاّ لم يصحّ؛ لأنّ بدلَها هو الثمنُ، وقد تلف.

(على العبد)؛ لأنّه بمنزلة الوكيل في مباشرة العقد، والتحصيلُ منه ممكنٌ.

(وأصحُّ الوجوه أنّ له) أي: للمشتري (مطالبةَ السيّدِ أيضاً) كما يطالِبُ الموكِّلَ والأصيلَ؛ لأنّ العقد للسيّد، فكأنّه هو البائع والقابض، والعبد [سفارٌ].

والثاني: أنّه لا يطالب السيّدَ؛ لأنّ العبدَ بالإذن صار مستقلاًّ، فليس كالوكيل.

---

(١) يكثر في هذا الشرح استعمال «على» موضع «إلى»، والأظهر أنه سهو من النساخ.

(٢) منهاج الطالبين (١/ ٥٢).

(والثالث:) يتوسّط بين الوجهين ويقول: **(إن كان ما في يد العبد)** من مالٍ وما يتولّد منها أُجرةً واكتساباً **(وافياً)** بذلك البدل **(لم يطالب السيِّدَ)**؛ لأنّ المباشِر للعقد هو العبد، ويحصل الغرض منه، فلا فائدة في مطالبة السيّد.

(وإن لم يكن وافياً طالَبَه)، وعلى هذا لو طالَب السيّدَ وفي يد العبد وفاءٌ لم يلزمه الأداءُ، وفي الثاني لا يلزمه مطلقاً، سواءٌ في يد العبد وفاءٌ أم لا.

(ولو اشترى) العبد **(سلعةً)** ولم يؤدّ الثمنَ **(ففي مطالبة)** البائع **(السيّدَ بالثمن هذا الخلافُ)**: فمنهم من يقول بالمطالبة؛ نظراً إلى أنّ العقدَ له، فكأنّه المشتري.

ومنهم من يقول بعدم المطالبة مطلقاً؛ نظراً إلى أنّ العبد هو المباشرُ، وبه يتعلّق أحكام العقد، وبالإذن صار مستقلًّا أصيلاً. ومنهم من يتوسّط فينظر هل في يد العبد وفاءٌ أم لا؟

(ولا تتعلّق ديونُ التجارة برقبة العبد المأذون)؛ لما أنّها حصلت ممّا دخل في يده بإذن المالك، وذلك ينافي التعلُّقَ بالرقبة، بخلاف الجنايات؛ فإنّها يباشرها العبدُ استقلالاً **(ولا بذمّة السيّد، ولكنّها تؤدّى من مال التجارة، وأصحّ الوجهين أنّها تؤدّى من سائر أكسابه أيضاً)** كما تؤدّى ممّا في يده؛ قياساً على تعلُّق المهر ومؤنة النكاح، وذلك **(كالاصطياد والاحتطاب)** والاستقاء والاحتشاش.

والثاني: لا تؤدّى منها كما لا تؤدّى من سائر أموال السيّد، فلو بقي شيءٌ من الديون بعد نفاد ما في يده يكون في ذمّة العبد فيطالب به بعد العتق، ولا يتعلّق بكسبه بعد الحجر، هذا ما صحّحه في الروضة[1]. وقيل: لا يتعلّق بذمّة العبد أيضاً[2].

ثُمَّ في عبارة المصنّف مؤاخذةٌ: وهو أنّ قوله: "ولا بذمّة السيّد" يناقض قولَه: "وأصحُّ الوجوه أنّ له مطالبة السيّد أيضاً"[3].

---

(١) عبارة الروضة (٣/ ٥٧١): ثم ما فضل يكون في ذمته إلى أن يعتق، ولا يتعلق برقبته ولا بذمة السيد قطعا.

(٢) ذكره الإمام وزيّفه، ولم يذكر صاحب الوجه، وإنّما قال: "ومن أصحابنا من قال: لا طلبة على العبد"، ينظر: نهاية المطلب (٥/ ٤٧٥).

(٣) قال الأسنوي: وهذا التناقض موجود في الشرح الصغير والمحرر والمنهاج، ووقع في الروضة بأشدّ ممّا وقع في الشرح، ولا يستقيم الجمع بينهما بأن يقال: لا شيء في ذمّته؛ لأن أحد الأوجه مطالبة السيد في حال عدم وفاء ما في يد العبد. ينظر: المهمات في شرح الروضة والرافعي، تأليف جمال الدين الأسنوي (ت٧٧٧هـ) الطبعة الأولى (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م): دار ابن حزم: (٥/ ٢٦٧).

وأجاب وليُّ الدين العراقيُّ(١): بأنّ المراد بالأوّل بيانُ مجرَّد المطالبة دون الأداء، وفي الثاني بيانُ محلِّ الأداء، يعني: وإن كان له مطالبةُ السيِّد، لكن لتحصيل دَينه من أيِّ وجهٍ كان، لا أنّه مسترسلٌ في ذمّته، فله بعد المطالبة الأداءُ ممّا في يد العبد وأكسابه، وإن لم يفِ بالدين ما في يده وكسبُه بقي الباقي في ذمّة العبد إلى العتق، ولا يطالَب السيِّدُ به(٢).

وقال ابن الرفعة: يمكن أن يكون كلامُه الأوّلُ مبنيّاً على طريقة الإمام، وهو: أنّ الديون كما [تتعلَّقُ] بأموال التجارة تتعلّق بذمّة السيّد وسائر أمواله(٣)، وكلامُه الثاني مبنيّاً على طريقة الأكثرين، وهو: أنّ ديون التجارة إنّما تتعلّق بما في يد العبد من مال التجارة أصلاً وربحاً، وبسائر أكسابه على الأصحّ، ولا تتعلّقُ بذمّة السيّد. [هذا](٤).

(**ولا يملك العبدُ بتمليك السيّد**) إيّاه مالاً (**على الجديد**)(٥)؛ لأنّ المالكيّة والمملوكيّة لا يجتمعان، فلا يكون الشيءُ مالكاً ومملوكاً، كالمأموم لا يجوز أن يكون تابعاً ومتبوعاً.

والقديمُ: انّه يملك بتمليك السيّد؛ لما روي: أنّه ﷺ قال: «**من باعَ عبداً وله مالٌ فمالُه للبائِع إلا أن يشرِطَ المُبتاعُ**»(٦) أي: المشتري، فأضاف المال إلى العبد فدلّ على أنه يملك. **وأجيب**: بأنّ الإضافة فيه للاختصاص(٧).

---

(١) تحرير الفتاوى (١/ ٨٠٢).

(٢) قَالَ السُّبكِيُّ والأسنوي: وسبب وقوع هذا التناقض أن المذكور أولاً هو طريقة الإمام وأشار في المطلب إلى تضعيفها، وثانياً هو طريقة الأكثرين فجمع الرافعي بينهما فلزم منه ما لزم. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت:٩١١هـ)، الطبعة: الأولى (١٤٠٣هـ)، - دار الكتب العلمية - بيروت: (١/ ٢٣١).

(٣) حيث إنّ إمام الحرمين رجّح مطالبة السيّد، وإن ضعّف رأيه ابن الرفعة وغيره. ينظر: نهاية المطلب: (٥/ ٤٧٤)، والديباج في توضيح المنهاج، لمحمد بن بهادر الزركشي (ت٤٩٤هـ)، تحقيق: يحيى مراد، ط. الأولى (١٤٢٧هـ)- دار الحديث- القاهرة: (١/ ٤٧٦).

(٤) كفاية النبيه في شرح التنبيه: (١١/ ١٥٣).

(٥) لِأَنَّ العَبدَ لَا يَملِكُ شيئا، فإذا مَلَّكَهُ شيئا فَإِنَّمَا مِلكُهُ لِلسَّيِّدِ، فَلَا يجزئ عنه ما لَا يَكُونُ له مَالِكًا بِحَالٍ. الأم، (٢/ ١١٢).

(٦) متّفق عليه، رواه البخاريّ، رقم (٢٣٧٩)، ومسلم، رقم (٨٠- (١٥٤٣)، ولفظهما: «وَمَن ابتَاعَ عَبدًا فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إلا أَن يَشتَرِطَ المُبتَاعُ»، ولفظ الكتاب قريب من لفظ الشافعي، وهو: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، ينظر: مسند الشافعي، تأليف: محمد بن إدريس الشافعي- دار الكتب العلمية - بيروت: (١/ ٢٣٥).

(٧) الفرق بين الملك والاختصاص: أن الملك يتعلق بالأعيان والمنافع، والاختصاص إنما يكون في المنافع. المنثور: (٣/ ٢٣٤).

فلو قلنا بالقديم فهو ملكٌ ضعيفٌ له الرجوع متى شاء، ولا يجوز تصرّفه إلاّ بإذن السيّد، ثُمَّ القبولُ في التمليك يجب ان يكون من العبد، أم جاز أن يقبل السيّدُ له بأن يقول: وهبتُ هذا من عبدي وقبلتُ له؟ فيه وجهان مبنيّان على القولين في الإجبار على النكاح[1]:

فإن قلنا: جاز الإجبارُ ثَمَّة جاز القبول هنا، وإن منَعناه ثَمّة فوجب قبول العبد هنا.

والتقييد بتمليك السيِّد مشعِرٌ بعدم جريان القولين في تمليك الأجنبيّ، بل لا يملك قولاً واحداً، لكن حُكي عن القاضي حسينٍ، وأبي الحسن[2] طردُ القولين في الأجنبيِّ أيضاً، ولعلّ المصنِّف لم يعُدَّه شيئاً.

واقتصارُ المصنِّف على ذكر الجديد وتركُ القديم مشعِرٌ بكون الجديد أقوى، ولذا عُبّر عنه في المنهاج والروضة بالأظهر[3]، والله أعلم.

***

---

(١) وللسيد إجبار الأمة على النكاح، وهل له إجبار العبد فيه ثلاثة أقوال: أحدها: نعم كالأمة، وهو القول القديم، والثاني: لا؛ لأن مستمتعه غير مملوك له ولا هو أهل للنظر له، وهو القول الجديد، والثالث: يجبر نظراً إلى الصغير دون الكبير، وهو وجه على الجديد. ينظر: الأم (٥/ ٤٢)، والوسيط (٥/ ٩٧)، والروضة (٧/ ١٠٢).

(٢) أبو الحسن كنية لجمع غفير من الفقهاء منهم الماورديّ، والظاهر أنّه هو المراد هنا بدليل ما في الأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت: ٩١١هـ)، الطبعة: الأولى (١٤٠٣هـ)- دار الكتب العلمية - بيروت -: (١/ ٢٢٧) ونصّه: "وفي المطلب: أن جماعة أجروه فيه منهم القاضي حسين والماوردي"، وكذلك توجد هذه العبارة في الأشباه والنظائر لابن نجيم. هذا ومن أسلوب الشارح ذكر أسماء العلماء مجملة بدون ذكر مؤلفاتهم أو بالعكس، وهذا قد زاد من صعوبة التحقيق، هذا، ولم أجد المسألة في الحاوي الكبير ولا في الإقناع.

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٥٧٤)، ومنهاج الطالبين (ص٥٢)

كتاب السَلَم

في اللغة: التقديم والتسليم[1]، وكذلك السلَف[2]، وهو في الشرع: اسمٌ لعقدٍ يوجِب الملكَ في الثمن عاجلاً، وفي المُثمن آجلاً[3]، وقد يقال: عقدٌ يتضمَّنُ تعجيل أحد البدلين وتأجيلَ الآخر، وسمِّي سلماً؛ لما فيه من وجوب تقديم الثمن، وهو نوع من البيع، لكن لمّا خُصَّ بحكم وهو تعجيلُ الثمن اختصَّ باسم.

والسلم عقدٌ مشروعٌ على خلاف القياس؛ لكونه بيعَ معدومٍ، إلاّ أنّه تُرِك القياسُ [وأجازه الله ورسولُه؛ لاحتياج الناس إليه]، ولذا سُمِّي بيعَ المفاليس؛ لأنّه شُرع لحاجتهم إلى رأس المال؛ لأنّ غالب من يعقده من لا يكون المسلَمُ فيه في ملكه؛ لأنّه لو كان في ملكه لباعه بأوفر الثمن.

والأصل في الباب: الكتاب والسنّة والإجماع: أمّا الكتاب: (قال الله تعالى ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[4] وهي مفسّرةٌ[5] بالسلم)؛ قال ابن عبّاس: «أشهد

---

(١) وهو أيضاً اسم شجر. كتاب الكلّيات (١/ ٥٠٧).

(٢) واسلفت واسلمت بمعنى واحد، وقد يكون السلف بمعنى القرض. الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، تأليف: أبي منصور محمد بن أحمد الأزهري الهروي (ت٣٧٠هـ)، تحقيق: د. محمد جبر الألفي،ط.: الأولى (١٣٩٩هـ) - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت: (١/ ١٩٧).

(٣) التعريفات: (١/ ١٦٠).

(٤) أطول آيات القرآن الكريم، صدرها: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ (البقرة:٢٨٢).

(٥) لعلّ تأنيث الضمير باعتبار رجوعه إلى الآية المفهومة من المقام مثل: ﴿قَالُوا۟ سُبْحَٰنَكَ لَا عِلْمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَآ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَلِيمُ ٱلْحَكِيمُ﴾ من الآية: (٣٢).

أنّ اللهَ تعالى أجاز السلمَ، وأنزلَ فيه أطولَ آيةٍ في كتابه، وتلا هذه الآيةَ الشريفةَ»[1].

(والسلَم بيعُ موصوفٍ في الذمّة)- بجرِّ "موصوفٍ"-أي: السلمُ بيعُ شيءٍ يوصف في ذمّة البائع، وهذا ممّا يختصُّ به اتّفاقاً.

***

أركانُ السلم وشروطه

[فالبائع] هو المُسلَم إليه، والمشتري المُسلِم، ورأسُ المال الثمن، والمُسلَم فيه المبيع.

(ويشترط فيه وراء ما يشترط في البيع أمورٌ) ليصحَّ هو كما يصحُّ البيع: (منها تسليمُ رأس المال) أي: الثمن (في المجلس)؛ لئلاّ يكون بيعَ الكالئ بالكالئ[2]، ولاقتضاء السلم [الّذي هو التقديمُ] ذلك.

(فلو) عَقَدا و(تفرَّقا قبلَ تسليمِه) أي: تسليمِ رأس المال إلى المسلَم إليه (بطل) عقدُ السلم.

(ولا يشترَط تعيينُه في العقد) أي: إراءتُه معاينةً حال العقد، بأن قال: هذا الدينار رأسُ المال.

(بل لو أطلق) بأن قال: أسلمتُ أو أسلفتُ إليك ديناراً أو دينارين في ذمّتي بكذا موصوفٍ بصفةِ كذا في ذمّتك، (ثُمَّ عيّن) وأراه (وسلّم في المجلس جاز) ذلك وصحّ العقد؛ لوجود الشرط في حريم العقد، وهو المجلسُ؛ لأنَّ حكمَ الحريم حكمُ العقد.

(ولا يجوز أن يُحيل) المسلِمُ المسلَمَ إليه (برأس المال على غيره) بأن يكون للمسلِم

---

(١) رواه الشافعي: محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، في مسنده (١/ ١٣٨)، والبيهقي: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر (ت:٤٥٨هـ)، في السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة: (٣٠) باب جواز السلف المضمون بالصفة (٦/ ١٩)، رقم (١٠٨٦٤)، والطبراني: سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني (ت:٣٦٠هـ)، في المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي، الطبعة: الثانية- (١٤٠٤هـ -١٩٨٣م)- مكتبة الزهراء - الموصل: (١٢/ ٢٠٥)، رقم (١٢٩٠٣)، والحاكم: محمد بن عبدالله أبو عبدالله النيسابوري (ت:٤٠٥هـ)، في المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة: الأولى، (١٤١١هـ - ١٩٩٠م) -: دار الكتب العلمية - بيروت (٢/ ٣١٤)، رقم (٣١٣٠). ثم قال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٢) الكالئ بالكالئ: أي النسيئة بالنسيئة. طلبة الطلبة (١/ ١٥٢).

دينارٌ على غيره فأحال المسلَم إليه على ذلك ليقبض ما عليه عن رأس المال.

(وإن قبَض المسلَمُ إليه) أي: المحتالُ **(من المحال عليه في المجلس)**؛ إذ الحوالة تنقل الحقَّ إلى ذمَّة المحال عليه، فيكون القبضُ عن غير جهة المسلِم؛ لأنّه يؤدِّي عن نفسه لا عن المُسلِم.

(ولو قبَضه) أي: لو قبض المسلَمُ إليه رأسَ المال من المسلِم **(وأودعَه)** أي: أودع المقبوضَ **(المسلِمَ)** أي: عند المسلِم **(فلا بأسَ)** أي: جازَ وصحَّ العقدُ؛ لأنّ الإيداعَ لا يُزيل الملك، والمودَع نائبُ المالك في الحفظ، هذا ما اختاره الغزاليُّ في الوجيز[1]، وتبِعه المصنِّفُ، لكن نقل في الكبير عن الرُّويانيِّ[2] عدم الجواز والصحّةِ؛ لأنّه يتصرَّفُ فيه قبل انبرام ملكه[3] عليه، وأقرَّه في الشرح[4]، وكذا النوويُّ في الروضة وقالا: لو أحال المسلَمَ إليه برأس المال على المسلِم فتفرَّقا قبل التسليم بطل العقدُ وإن جعلنا الحوالةَ قبضاً؛ لأنَّ المعتبَرَ في السلم القبضُ الحقيقيُّ[5]، هذا كلامُهما.

وقال السيِّدُ[6]: يُفهم من هذا أنّه لو سلّم في المجلس جاز وصحّ العقدُ؛ لحصول

---

(١) لم أجد المسألة لا في الوجيز ولا في الوسيط.

(٢) المراد بالروياني هنا الجدّ أبو العباس أحمد بن محمد المعروف بابن القاص الطبري الروياني، حيث صرّح في العزيز بكنيته- ينظر: العزيز بهامش المجموع للنووي- طبع دار المعرفة: (٩ / ٢١١) - من شيوخه القاضيان أبو الطيب والماوردي و تفقه على أبي إسحاق الشيرازي، كان قاضياً بالبصرة ومدرّساً بها. من مؤلفاته التحرير، والبلغة، والمعاياة، والشافي، ولم أحصل عليها. فالروياني الوالد هو إسماعيل بن أحمد بن محمد الروياني الطبري، له تصانيف في الفقه، لايعرف تاريخ وفاته.

والروياني الولد أو الحفيد هو ابو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، وكتابه المشهور: "بحر المذهب" مأخوذ من حاوي الماوردي مع ما أخذه عن والده. ينظر: طبقات الشافعية لابن هداية الله: ط. بيروت (ص١٨٨)، وطبقات السبكي (٤/ ١٢٤)، رقم (٩٠٠).

(٣) في (ج): "التزام ملكه"، و في (د): "الزام ملكه"، وهو سهو.

(٤) المرد بالشرح هو الشرح الصغير للرافعي على الوجيز للغزالي بقرينة المقابلة، ولم أحصل عليه.

(٥) روضة الطالبين للنووي (٤/ ٤).

(٦) لم يتبين لي هذا السيّد. وشبيه العبارة التي ينقله الشارح موجود في اسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري حيث فيه: "وَأَفهَم كَلَامُهُ بِالأَولَى ما صَرَّحَ بِهِ الأَصلُ أَنَّهُ لو قَبَضَ رَأسَ المَالِ ثُمَّ أَودَعَهُ عِندَ المُسلِمِ في المَجلِسِ جَازَ"، لكنه لاينسبه إلى السيد، ينظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تأليف: شيخ الإسلام / زكريا الأنصاري، تحقيق: د. محمد محمد تامر. الطبعة: الأولى، (١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٠م)- دار الكتب العلمية - بيروت: (٢/ ١٢٢).

المقصـود، بخـلاف إحالـة المسلِم المسلَم إليه إلى غيره، والفرق: أنَّ القبضَ هنـاك عـن غير جهـة المسلِم بخلافـه هنـا.

(ويجـوز أن يكـون رأسُ المـال منفعـةً) كـما يجـوز أن يكـونَ عوضـاً في الخلـع والصـداق والصلـح، وذلـك: بـأن، يقـولَ: أسـلمتُ إليـك منفعـةَ هـذه الـدار أو الدابّـة الأرضِ مثلاً سـنةً في ثـوبٍ صفتُـه كـذا وكـذا إلى شـهرٍ.

(وتسـليمُها) أي: تسـليم المنفعـة (بتسـليم العين)؛ لأنّـه الممكـنُ في قبضهـا، فـلا يـرد مـا يقـال: إنَّ المعتـبَرَ في السـلم القبـضُ الحقيقـيُّ.

وهذه المسألة لما فيه شائبة البطلان أسقطه صاحبُ الروضة عمّا في أصلها[1].

(وإذا فُسخ السـلمُ) بإقالـةٍ[2]، أو انقطـاعِ المسـلَم فيـه عنـد حلولـه (ورأسُ المـال بـاقٍ) في يـد المسـلَم إليـه (اسـتردَّه المسلِمُ سـواءٌ عُيِّنَ في العقـد) وعُقِـد عليـه، (أو) عُـيِّنَ (في المجلـس دون العقـد)؛ لأنَّ المجلـسَ حريـمُ العقـد؛ بدليـل جـواز الارتفـاع والانخفـاض في الثمـن والمبيـع، وإسـقاطِ الأجـل وإلحاقـه فيـه، فتعيينُـه فيـه كتعيينِـه في العقـد.

(وفي الحالـة الثانيـة وجـهٌ) محكـيٌّ عـن أبي القاسـم ابـن كـج: (أنَّ للمسـلَم إليـه أن يسـلِّم بدلَـه ويُمسِـكه)؛ لأنّـه لم يعقـد عليـه، فيكـون كالإقـراض، وفي الإقـراض جـاز كلا الأمريـن، فكـذا هنـا.

والجواب ما مرَّ: من أنّ مجلسَ العقد حريمٌ[3] فهو كنفس العقد.

ولـو كان رأسُ المـال تالفـاً فـلا خـلاف في أنّه يـردُّ في المثـليّ مثلَـه وفي المتقـوَّم قيمتَـه بأقـلِّ القيمتـين مـن القبـض إلى الإتـلاف عـلى الصحيـح.

(ومعاينـةُ رأس المـال في العقـد تُغنـي عـن العلـم بقـدره) وذلـك بـأن أحـضر مثليّـاً أو متقوَّمـاً وقـال قبـل الكيـل والتقويـمِ: أسـلمتُ إليـك هـذا في عبـدٍ صفتُـه كـذا إلى شـهرٍ، فـلا

---

(١) سبق أن ذكرنا أنّ مراد الشافعية بأصل الروضة العزيز شرح الوجيز للرافعيّ.

(٢) الإقالة: أصلها رفع المكروه، ش): " البيع: رفع العقد بعد وقوعه. التعاريف (١/ ٨١).

(٣) مرّ ذلك من الشارح في كتاب البيع في فصل الخيار. ينظر: مخطوطة الوضوح الموجودة في مكتبة الحاج خالص في أربيل (٢/ ٢٥).

يُشترَط أن يعرفا قدرَه حينئذٍ **(في أصحِّ الوجهين)**[١]؛ لأنّه ثمنٌ، والثمن المعيَّن كفت معاينتُه كما في ثمن المبيع، وقد مرَّ[٢].

والثاني: لا يُغني، بل لا بُدَّ من معرفة قدره في العقد بالكيل أو الوزن أو الذرع أو التقويم؛ إذ قد يُفسخ السلم بعد تلفه فلا يدري بِمَ يرجع؟ فيؤدِّي إلى النزاع.

وقيَّد بعضُهم كفايةَ المعاينة بالمثليّ؛ إذ الخلاف في المثليِّ دون المتقوِّم؛ فإنَّ المتقوِّمَ كفت معاينتُه بلا خلافٍ[٣].

ولعلَّ المصنِّفَ اختار طريق القفّال[٤]: وهو طرد القولين في المتقوِّم أيضاً، فعلى هذا فحكايةُ الوجهين كما في بعض النسخ- سهوٌ، بل هما قولان[٥]. ثُمَّ لا فرقَ في ذلك بين السلم الحالِّ [أو] المؤجَّل.

ومحلُّ الخلاف فيما إذا تفرَّقا قبل العلم بالقدر أو القيمة، أمّا إذا علما قبل التفرُّق كفت بلا خلافٍ.

(ومنها) أي: من الأمور المشروطة ممّا وراءَ البيع **(أن يكون المسلَم فيه دَيناً)**؛ لأنّه إنّما

---

(١) في هامش النسخة: (ج) وفي المحرر المطبوع: "القولين. نسخ"، ويأتي من الشارح جزاه الله خيراً أنّ الصحيح أنّهما قولان، وذكر الغزالي في الوجيز أنهما قولان، وشرحه المصنف مقرّراً له ولكن قال: هذا في المثليّات. ينظر: العزيز ط دار المعرفة (٩ / ٢١٧).

(٢) مرّ ذلك من الشارح في كتاب البيع في فصل الخيار. ينظر: مخطوطة الوضوح الموجودة في مكتبة الحاج خالص في أربيل (٢/ ٧).

(٣) فيه طريقان، وطريق الأكثرين ما ذكره الشارح. ينظر: العزيز طبع دار المعرفة (٩ / ٢١٨).
وفي النسخ كلها: "كفت معاينته" والمناسب: "تكفي معاينته" بصيغة المضارع.

(٤) إذا تكرر ذكر القفال في الفقه خاصة فالمراد به القفال الصغير المروزي: أبو بكر عبد الله بن أحمد بن عبد الله الإمام الجليل شيخ طريقة خراسان. من شيوخه: أبو زيد الفاشاني، ومن تلاميذه: المسعودي المروزي ووالد إمام الحرمين، ومن تصانيفه: شرح التلخيص وهو مجلدان، وشرح الفروع في مجلدة، وكتاب الفتاوى له= في مجلدة ضخمة كثيرة الفائدة، توفي سنة (٤١٧هـ) رحمه الله. ينظر: طبقات الشافعيَة الكبرى لابن السبكي (٥/ ٧٣)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ١٤٤)، و (١/ ١٨٣)، و(١/ ٢١٦)، وطبقات المفسرين ، تأليف: أحمد بن محمد الأدنروي المتوفي في القرن الحادي عشر، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ-١٩٩٧م) - مكتبة العلوم والحكم- السعودية (١/ ١٠٩)، ولم أحصل على مؤلّفاته، وبحثت عن هذه الطريقة فلم أحصل على مصدر يبين ذلك كبيان الشارح .

(٥) المهذب للشيرازي (١ / ٣٠٠).

شُرِع السلمُ دفعاً لحاجة المفاليس، فيُشترط أن يكون دَيناً؛ ليقدروا على التحصيل، ولأنَّ السلم والسلف موصوفان[1] للدَّين.

(فلو قال: أسلمتُ إليك هذا الثوبَ) وهو رأسُ المال (في هذا العبد) وهو المسلَم فيه (لم يكن سلماً) بالاتِّفاق؛ لأنَّ السلم مفسَّرٌ بعقد يتضمَّن تعجيلَ أحد البدلين وتأجيلَ الآخر، وقد يُقالُ: عقدٌ يوجِب الملك في الثمن عاجلاً والمثمن آجلاً.

(وهل ينعقد بيعاً؟ [فيه قولان][2]: أظهرُهما: لا) ينعقد أيضا]؛ لأنّ لفظ السلم يقتضي الدَّينيَّة، والخلل في لفظ العقد يوجِب فسادَه.

والثاني: ينعقد بيعاً؛ إذ الأصل في صحَّة العقد الرضاءُ من المتعاقدَين، وهذا لفظ يدلُّ على الرضاءِ [بقرينة الحال] فيلتحق بالكنايات، هذ أولى ممّا يُقال: إنَّما ينعقد؛ نظَراً إلى [المعنى]؛ لأنَّه تحكُّمٌ.

(ولو أسلم بلفظ الشري) فقال: اشتريتُ منك ثوباً صفتُه كذا بهذه الدراهم (فقال: بعتُه) أي: الثوبَ الموصوفَ بتلك الصفاتِ (منك انعقد، وهو سلمٌ أو بيعٌ؟ فيه وجهان: أقربُهما الثاني) أي: ينعقد بيعاً؛ لأنّ كلَّ سلمٍ بيعٌ، فلا يضرُّ مع ذكر الشري ذكرُ الأوصاف، بخلاف استعمال لفظ السلم في البيع؛ إذ ليس كلُّ بيعٍ سلماً جزماً، فاعتُبر اللفظُ لذلك.

وعلى هذا فلا يجب تسليمُ رأس المال في المجلس، ويثبت فيه خيار الشرط، ويجوز الاستبدال عنه، ولو كان سلماً انعكس الكلُّ.

لا يقال: إنّ هذا يناقض ما مرّ: أنّ استقصاء الأوصاف لا يقوم مقام الرؤية[3]؛ لأنَّ العقد ثَمَّ يورد على شيءٍ معلومٍ معيَّنٍ مرئيٍّ، وهنا على شيءٍ موصوفٍ في الذمّة غير معيَّنٍ ولا مرئيٍّ.

---

(١) في (د): "موضوعان"، وهو مناسب.

(٢) ينظر: العزيز، ط. دار المعرفة (٩ / ٢٢١).

(٣) مرّ ذلك من الشارح في كتاب البيع في شروط المبيع. ينظر: مخطوطة الوضوح الموجودة في مكتبة الحاج خالص في أربيل (٢/ ٩).

والثاني: ينعقد سلَماً؛ اعتباراً بالمعنى، ولا تضرُّ مخالفة اللفظ كما في الكنايات. وفائدة الخلاف ما ذكرنا[(١)].

(**ومنها**) أي: ومن الأمور المشروطة: (**الأصحُّ**) من الأقوال في الطرق (**أنّه إذا جرى السلم في موضع لا يصلح للتسليم**) بأن كانا في صحراءَ بعيدٍ من العمران، أو كانا في زورقٍ [وأسلما] في الإبل أوالجاموس، أو كانا في السياحة أوالحمّام وأسلما في الكاغذ أو الكتب (**أو في موضع صالحٍ**) للتسليم بأن كانا في عمرانٍ بين المسلمين (**لكن [كان] لحمله**) [المسلَمَ فيه] **مؤنة**) كأوقار[(٢)] من الطعام، أو الأثقال من الحديد أو الصُّفر أو غيرهما (**فلا بُدَّ من تعيين مكان التسليم**)؛ لكثرة تفاوت الأغراض باختلاف الأماكن خوفاً وأمناً، وسهلاً وحزونةً[(٣)]، ومعافاً وتمفاداً[(٤)]، وغير ذلك.

(**وأنّه**) أي: أصحُّ الأقوال في الطرُق (**أنّه لا حاجة إلى التعيين**) أي: تعيين المكان (**إذا كان الموضع صالحاً**) للتسليم (**ولم يكن للحمل كثيرُ مؤنةٍ**) كمسكٍ ودراهمَ قليلةٍ، وثوبٍ خفيفٍ، ويتعيَّنُ موضعُ العقد للتسليم، ولو عيَّنا غيرَه تعيَّن.

والمراد بموضع التسليم تلك المحلَّةُ، أو تلك القريةُ، على ما صرَّح به الجلاليُّ وغيرُه[(٥)]، وعلى هذا [فتمثيلُ] المكان الغير الصالح بالمنارة للإبل، والحمّام للكاغذ ممّا لا ينبغي، تدبّر[(٦)].

والطريقُ الثاني: لا يشترط تعيينُ المكان، سواءٌ صلُح مكانُ التسليم أو لم يصلُح،

---

(١) أي: على الأوّل عدم وجوب تسليمِ رأس المال في المجلس، وثبوت خيار الشرط، وجواز الاستبدال عنه، وانعكاس الكلِّ على الثاني.

(٢) الوَقر بالفتح: الثقل في الأذن، والوِقر بالكسر: حمل الحمار والبغل، كالوسق للبعير. التعاريف (١/ ٧٣١).

(٣) في النسخ كلّها: " سهلا وحزونة "، والمناسب: " سهولة وحزونة ".

(٤) في (ا) و(ب) و (د): " تمفاءً "، ولم يظهر لي معنى معافا وتمفاداً، وفي نَسخة شيخي: " وتمفاء " أيضاً، ولم يعلق عليه رحمه الله.

(٥) شرح المحلي على المنهاج للنووي (٢/ ٣٠٧)، والروضة: (٤/ ١٣)، والتهذيب (٣/ ٥٧٢).

(٦) الأمر بالتدبر عند المؤلفين الشافعيين بغير فاء للسؤال في المقام، وبالفاء يكون بعنى التقرير والتحقيق لما بعده، ولكن وجود تفهم بعده هنا يجعله لايناسب كونه للسؤال. ينظر: المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية للدكتور علي جمعه، ط الثانية (١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م) – دار السلام-مصر – القاهرة: (٦٠).

وسواءٌ للنقل مؤنة أو لا، ويحمل على مكانٍ فيه صلاحٌ يعيِّنانه بعد الحلول. **والثالث:** أنّه يشترط مطلقاً؛ دفعاً للنزاع.

والرابع: لا يشترط في الصالح [وقليل المؤنة] قولاً واحداً، و[في غير الصالح] وكثير المؤنة قولان.

[**والخامس:** يشترط في الصالح وقليل المؤنة قولاً واحداً، وفي غير الصالح وكثير المؤنة قولان].

وأجاب الأوَّلون عن هذه الطرق والأقوال بأنّ التسليم لا يجب في الحال، وإنَّما يجب عند حلول الأجل، ولا يدريان أين يكونان عند الحلول، فيجب التعيينُ فيما له مؤنةٌ والموضع غير صالحٍ؛ دفعاً للغرر، وحسماً لباب المنازعة.

ولا يخفى أنّ الكلام في السلم المؤجَّل، وأمّا [السلم الحالّ] فيتعيَّنُ فيه مكان السلم جزماً.

***

أحكام عقد السلم

(**فصل: يجوز السلمُ حالاً ومؤجَّلاً**): أمّا مؤجّلاً فبالإجماع وتصريحِ النصّ بذلك، وأمّا حالًّا؛ فلصدق تعريف السلم عليه، ولأنّ الحاجة قد تدعو إليه: بأن يريد شريَ متاع لا بدَّ له منها، ولو أخّر الشريَ إلى الرؤية فقد يذهب بها آخرُ، فيشتريه بالسلم؛ دفعاً لذلك، وهذا هو الفائدة في العدول من البيع إلى السلم الحالِّ.

وقيل: لا يجوز حالاً، به أجاب المزنيُّ في المنثور[1] تبعاً لأصحاب أبي حنيفة[2]؛ لأنّه إنّما ورد بلفظ الأجل، وهو خلاف القياس[3] لا يتجاوز المورد.

---

(١) المنثور: اسم كتاب للمزني. ينظر: أسماء الكتب (١/ ٢٩٦)، ولم أحصل على هذا الكتاب.

(٢) والّذي في مختصر المزني خلاف ذلك، ففيه: "ونهى النبي حكيماً عن بيع ما ليس عنده وأجاز السلف فدل أنه نهى حكيماً عن بيع ما ليس عنده إذا لم يكن مضموناً وذلك بيع الأعيان فإذا أجازه بصفة مضموناً إلى أجل كان حالاً أجوز ومن الغرر أبعد فأجازه عطاء حالاً". ينظر: مختصر المزني (١/ ٩٠).

(٣) القياس: ما يمكن أن يذكر فيه ضابطة عند وجود تلك الضابطة يوجد هو. التعريفات (١/ ٢٣٣).

(**فإذا أُطلق فأصحُّ الوجهين انعقادُه حالاًّ**)؛ كما لو باع شيئاً مطلقاً [ينعقد] حالاً.

والثاني: [لا ينعقد، لا حالاًّ] ولا مؤجَّلاً؛ لأنَّ العرف في السلم التأجيل، والإطلاق يحمل على ما هو عرف[1]، وهو الأجل، فيكون كما لو ذكر أجلاً مجهولاً.

(**ولا بدَّ عند التأجيل من كون الأجل معلوماً**) كآجال سائر المعاوضات؛ دفعاً للخصومة، وللآية المذكورة، والحديث المارّ (**فلا يجوز التأجيل بالحصادِ**)؛ إذ قد يمتدُّ بَرد الربيع وأمطارُه فيتأخَّر، وقد لا يمتدُّ فيتقدَّم، وقد يختلف باختلاف المزروع؛ لأنَّ اختلاف أنواع الحنطة توجب اختلافَ حصادها (**وقدومِ الحاجِّ**) ورفقاء القافلة، وقفولِ العساكر[2] ونحوِها؛ إذ لا يتعيَّن القدوم في وقتٍ؛ لوفور العوائق[3].

(**والتأجيل بشهور الفرس والروم كالتأجيل بشهور العرب**) وكذا التأجيل بسنتهم؛ لكونها معلومةً مضبوطةً. ولا علينا أن نفصِّلَ بعضَ تفصيل، ونذكرَ [اصطلاحات الطوائف] في السنين والشهور؛ توفيراً لأداء حقِّ التعليم.

اعلم: أنَّ اصطلاح الأمم مختلفة في مقدار السنين والشهور وأعداد أيّامها، وإن كان كلُّ سنة عند كلِّ طائفة اثني عشر قسماً، وكلَّ قسمٍ يُسمُّون شهراً:

فأهلُ الهند والأهوار[4] رصدوا كتاب «دهر الدهور والاركند»[5] على السنة الشمسيّة، ومبدؤها من أوّل نزول الشمس في أوّل دقيقة من بُرج الحمل، . وهو اليوم

---

(١) و العرف و العارفة و المعروف واحد ضد النكر، وهو كلّ ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به وتطمئنّ إليه. لسان العرب (٩/ ٢٤٠).

(٢) القفول: الرجوع من السفر، قال أبو البقاء: والناس يستعملونه على خلاف ذلك، فيقولون للرفقة الخارجة من البلد: قافلة، ولا كذلك، وإنما القافلة الراجعة. التعاريف (١/ ٥٨٨): فصل الفاء.

(٣) العائق: المانع، وجمعه: العوائق أي: الموانع. دستور العلماء (٢/ ٢١١).

(٤) لم أحصل على المراد بالأهوار، وفي (د): "الأهداد"، ولا أجد له معنى مناسباً.

(٥) دهر الدهور أو الهند سند: هو الكتاب الأول في علم النجوم الذي أخذه الهند عن ملكهم (برهمن) الذي اجتمعت عليه كلمتهم، وهو أول من تكلم في النجوم، ومنه اختصر الارجبهر والمجسطي ثم اختصروا من الارجبهر الاركند. ينظر: تاريخ اليعقوبي، تأليف: أحمد بن أبي يعقوب بن جعفر بن وهب بن واضح اليعقوبي: دار صادر – بيروت: (١/ ٨٤).

الّذي سمّاه كيخسرو[١]: نيروز، حين قتَل شيدة بن أفراسياب عن دم أبيه: سياهوش[٢] ،فإذا دارت إليه الشمسُ في القابل فقد تمّت السنة الشمسيّة، ويقال لها: سنة العالَم، واختلفوا في عدد أيّامها:

قال أهل الهند: هي خمس وسَتّون وثلثمائة يوم، وربعُ يومٍ وربعُ ساعةٍ وجزءٌ من أربعمائة جزءٍ من ساعة. وقال أهلُ المصر وبابل: يضعون موضع قولهم: " وجزءًا من أربعمائة جزءٍ " قولَهم: " جزءاً من مائة و عشرين جزءاً من يوم، وأهلُ الروم يحذفون عُشر رُبع يوم من أهل الهند، ويزيدون ثابتته[٣] على أهل مصر.

وأمّا [السنة القمريّة] فهي عبارة عن اجتماع النيّرين اثني عشر مرَّةً، ويُسمَّى [بين] كلّ اجتماعين شهراً، وذلك الاجتماع يكون في أربع وخمسين وثلثمائة يوم وخمس وسدس يوم، وما بين كلِّ اجتماعين تسع وعشرون يوماً وساعة وجزءٌ من عشرين جزءاً من ساعة، ويعُدّوُن اجتماع هلال المحرَّم مع الشمس أوَّلَ السنة.

---

(١) كيخسرو بن سياوش بن كيكاوس أحد ملوك الفرس من الطبقة الثانية من ملوكهم وهم الأسرة الكينية، ملكهم ستين سنة ومعنى "كي" : التنزيه، أي: مخلص متصل بالروحانيات، وقيل: معناه البهاء؛ لأنه كان يغشاه نور من يوم قتل الضحاك، وقيل: معناه مدرك الثأر. ينظر: تاريخ ابن خلدون، لعبد الرحمن بن محمد بن خلدون،، ط.: الخامسة، (١٩٨٤) - دار القلم - بيروت: (٢/ ١٨١-١٨٤)، والبدء والتاريخ، المطهر بن طاهر المقدسي (ت٥٠٧هـ)- مكتبة الثقافة الدينية- بورسعيد: (٣/ ١٤٩).

(٢) هو سياوش بن كيكاوس بن كينية بن كيقباذ، من الملوك الكيانية، أرسله أبوه إلى حرب أفراسياب ملك الترك مع جيش فصالحه أفراسياب على ما أراد وأرسل سياوش إلى أبيه يعلمه بذلك فأنكر عليه وقال لا بد من= الحرب فلم يرد سياوش الغدر بأفراسياب ولا الرجوع إلى والده فهرب إلى أفراسياب فأكرمه وزوّجه ابنته ثم أن أولاد أفراسياب أغروا والدهم بقتل سياوش وخوّفوه عاقبته فقتله وبنتُ أفراسياب حبلى منه فأراد أبوها قتلها ثم تركها فولدت كيخسرو، وأرسل كيكاوس شطاراً في زي التجار بالمال فسرقوا له ابن سياوش وزوجته، فلما هلك كيكاوس صار كيخسروا ملكاً وقوي فقصد جده أبا أمه أفراسياب طالباً ثأر أبيه سياوش، وجرت حروب صارت مثلاً بين الفرس وغيرهم باسم حروب دم سياوش، وتذكر الروايات أن كيخسروا أخذ ثأره فظفر بأفراسياب وأولاده وعسكره فقتلهم ونهب الأموال. ينظر: البدء والتاريخ (٣/ ١٤٩)، وتاريخ ابن الوردي، تأليف: زين الدين عمر بن مظفر (ت٧٤٩هـ)، الطبعة: الأولى (١٤١٧ هـ - ١٩٩٦م) - دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت: (١/ ٣٦).

(٣) في (ا): " ثابتة "، وفي (ب) و (ج): " ثابتته "، وفي (د) و (ش): " ثانية ".والله أعلم بمراد الشارح.

وتوسّطَ أهلُ الصين والخُطاء[١] بين الشمسيّة والقمريّة[٢]، ويعدُّون كلَّ سنة خمساً وستّين وثلثمائة يوم.

وأمّا شهور العرب فأسماؤها معلومة، وأمّا عددُ أيّام سنتهم فهي ما ذكرنا في القمريّة.

وأمّا شهور الفُرس وسنتُهم: فعددُ أيّام سنتهم خمس وستّون وثلاثمائة يوم[٣]. وهي اثنا عشر شهراً[٤]، ويلحق خمسة أيامٍ بآخر (آبان [ماه]) ويسمّونها الخمسة المسترقة، وهذه أسماء شهورهم:

فَروَردين ماه هو ما دام الشمس في الحَمَل، أُرديبَهِشت ماه في الثور، خُرداد ماه في الجَوزاء، تِير ماه في السَرَطان، مُرداد ماه في الأسَد، شَهرِيوَر ماه في [السُنبُلة]، مِهر ماه في الميزان، آبان ماه في العقرب آذر ماه في القوس، دَي ماه في الجدي، بَهمَن ماه في الدلو، إسفند ماه، في الحوت.

[وأمّا] أسماء الأيّام المسترقة: خونود، اشنود، اسفند، مذهو جستي، هشت بهشت.

وأسماء كلِّ يوم من كلِّ شهر: هرمزد، أُرديبهشت، شهرير، اسفندار، خردان، مردان، ديبا، دن، آذر،خور، ايان، ماهة، يذة، جوش، ديمر، مين، شهروش، دشن، فرودر،

---

(١) قال ابن بطوطة: "الخطا "بكسر الخاء المعجم وطاء مهمل "، وهي أحسن بلاد الدنيا عمارة. ويذكر من مدنها: الخنسا ومدينة خان بالق. ثم رأيت ابن سعيد المغربي يذكر في كتابه: الجغرافيا أنّ في شرقيّ الهند طمغاج، وهي بلاد الخط. يزعم المسافرون أن السور دائر على مدنها وضياعها وسائر عمائرها، نحو ثلاثة وعشرين يوماً في الطول من الغرب إلى الشرق، وحدها الغربي بلاد القشمير، وحدها الشرقي بلاد التتر. ينظر: الجغرافيا لابن سعيد المغربي: (١ / ٤٨)، ورحلة ابن بطوطة المسمّى: تحفة النظار في غرائب الأمصار وعجائب الأسفار، تأليف: أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد اللواتي، تحقيق: د. علي المنتصر الكتاني، الطبعة الرابعة (١٤٠٥هـ) – مؤسسة الرسالة – بيروت (١ / ٣٢٣).

(٢) في (د): "والعددية"، وهو سهو.

(٣) في النسخ كلّها سوى (د): "وستّمائة يوم"، وهو سهو، والصواب: ثلثمائة يوم كما في (د)، يدلّ عليه قول الشارح بعد أسطر: "وبين السنة الشمسيّة وسنة الفرس ربع يوم" وقوله بعده: قال أهل الهند: هي خمس وستّون وثلثمائة يوم، وربعُ يوم....

(٤) وكل شهر منها ثلثون يوماً، وخمسة بعد آبان ماه زيادة ملقية فجميع أيام السنة الفارسية ثلثمائة وخمسة وستون يوماً بلا كسر فيها إن شاء الله. الزيج – لأبي عبد الله: محمد بن جابر البتاني الحراني (ت ٣١٧ هـ): (١ / ٦٥).

بهرام، رام، باز، ديدن، دين، ارد، اشناد، اينان، زامياد، مهر، اسفند. ايران[1].

[والفرق] بين السنة الشمسيّة وسنة الفرس ربع يوم، وكانوا يحسبون هذه الأرباع مائة وعشرين سنةً، فتصير شهراً، فتكون هذه السنة ثلثة عشر شهراً، هكذا يفعلون إلى زمن دارا بن دارا[2]، فحذَفَ دارا هذه الأرباعَ وجعَل السنة شمسيّةً، فبعد قتل دارا بقي هكذا إلى أن عاد الملك إلى الفرس في زمن أردشير بن بابك[3] فزاد الأرباع، إلى [أن] وصل الملك إلى يزدجرد بن شهريار[4] فحَذَفَ الأرباع، وبقي هكذا إلى زمن أبي العبّاس المعتضد بالله[5]، فاستقرَّ ذلك إلى يومنا هذا، يمحو الله ما يشاء ويثبت وعنده أمُّ الكتاب.

وأمّا شهور القبط وسنوهم: فإنّهم كالفرس، ويُلحِقون الخمسة المسترقة بآخر سنتهم، وأوَّل

---

(١) بعض ما جاء في الوضوح يخالف ما في مصادر أخرى مثل: كتاب: عجائب المخلوقات، و مروج الذهب، والزيج للبتاني، وغيرها. ينظر: عجائب المخلوقات والحيوانات، لزكريا بن محمد بن محمود القزويني (ت٦٨٢هـ-١٢٨٣ م)، ط. (١٣٨٣هـ-١٩٦٣م): مطبعة الاستقامة بالقاهرة، المطبوع بهامش: حياة الحيوان الكبرى (١/ ١٤٠). ومروج الذهب (١/ ٢٤٩)، والزيج (١/ ٦٥).

(٢) هو دارا الأصغر ابن دارا بن بهمن، وهذا الأصغر هو الذي بنى مدينة دارا بأرض نصيبين وبنى دارابجرد بأرض فارس، وهو الذي قتله الاسكندر وأخذ الملك منه. ينظر: البدء والتاريخ (١/ ١٧١)، والكامل في التاريخ، لأبي الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الشيباني (ت٦٣٠هـ)، تحقيق: عبد الله القاضي، ط الثانية (١٤١٥هـ): دار الكتب- بيروت (١/ ٢٩٢).

(٣) أرد شير بن بابك بن ساسان، كان أحد ملوك الطوائف على أرض إصطخر بعد تسلط الاسكندر الرومي على بلاد فارس والقضاء على دولة دارا بن دارا، جمع الناس حوله وأسّس الدولة الساسانية. ينظر: المعارف، تأليف: ابن قتيبة أبو محمد عبد الله بن مسلم الدينوري (ت٢٧٦هـ)، تحقيق: دكتور ثروت عكاشة : دار المعارف - القاهرة (١/ ٦٥٣).

(٤) يزدجرد بن شهريار بن برويز المجوسي كسرى زمانه، آخر ملوك بني ساسان، أرّخ بتاريخه المسلون عند فتحهم لبلاده، قتل بعد انقراض ملكه على أيدي الفاتحين المسلمين في عهد عثمان بن عفّان • سنة (٣٤هـ)، ينظر: البدء والتاريخ (٣/ ١٧٣). وتأريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام. لشمس الدين محمد بن= أحمد بن عثمان الذهبي: (٣/ ٣٧٠)، والوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى (١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م) دار إحياء - بيروت (١/ ٣٢).

(٥) المعتضد بالله أحمد أبو العباس ابن الموفق بالله طلحة بن المتوكل على الله جعفر بن المعتصم بالله محمد بن هارون الرشيد، ولد في (٢٤٢هـ أو ٢٤٣هـ)، هو السادس عشر في سلسلة بني العباس، بويع له بالخلافة بعد عمه المعتضد في (٢٧٩هـ)، وتوفي سنة (٢٨٩هـ).ينظر: تأريخ الخلفاء، لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت٩١١هـ)، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ط الأولى (١٣٧١هـ - ١٩٥٢م) مطبعة السعادة - مصر (١/ ٣٦٨و ١/ ٣٧٣و١/ ٥٠٠و١/ ٥٠٩). وتلقيح فهوم أهل الأثر، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن الجوزي (ت٥٩٧هـ)، ط.:(١)، (١٩٩٧م): شركة دار الأرقم - بيروت (١/ ٦٩).

سنة القبط أوّلُ يوم "ديماه" الفرس، يعني: من أوّل بُرج الجدي، وهذه أسماءُ شهورهم:

توت، بابه، هتور، كيهك، طوبه،أمشير، برمهاط، برموزه، بشنير، بونه، أبيب، مسري، [ويلحقون]الخمسة المسترقة بآخر مسري، ويسمّونها: أنمغيا.

وأمّا شهور السريانيين واليونان: أمّا[1] عدد أيّام سنتهم هي خمس وستّون وثلمائة يومٍ وربع يوم، ويجمعون هذه الأرباع في أربع سنين ويزيدون[2] في آخر شباط، ويسمّون هذه السنة سنة الكبيسة، وإذا تمّت ثلثمائة سنة يتركون يوماً من الأيّام الزائدة ليساويَ اصطلاح الروم.

وهذه أسماء شهورهم: تشرين أوّل، تشرين آخر، كانون أوّل، كانون آخر، شباط، آذار، نيسان، أيار، حزيران، تموز، آب، أيلول[3].

واليوم الستّ والعشرون من شهر شباط أوّلُ أيّام برد العجوز الّتي تسمَّى أيّام النحس[4] الّتي أهلك الله تعالى فيها قوم عاد بالريح العقيم[5]، [وهي]سبعة: ثلثة في آخر شباط، وأربعة في أوّل آذار[6].

---

(١) في النسخ " اما "، وهو غير مناسب، والظاهر: " فإنّ ".

(٢) في النسخ الموجودة عندي كلّها حذف مفعول "يزيدون"، والظاهر أنّ تمام العبارة: " ويزيدون يوماً في آخر شباط ".

(٣) وقد جمعها الشاعر في هذين البيتين:

فتشرينكم الثاني كأيلول ونيسان ... ثلاثون ثلاثون أتوا بعد حزيران

شباط خصّ بالنقص وذاك النقص يومان ... وباقيها ثلاثون ويوم واحدكاني

من كتاب: عجائب المخلوقات (١/ ١٢٨).

(٤) في (ش): " تسمّى النحس " بدون " أيام ". وذلك إشارة إلى الآية الكريمة: (١٦): في سورة فصلت (حم السجدة) ﴿ فَأَرْسَلْنَا عَلَيْهِمْ رِيحًا صَرْصَرًا فِىٓ أَيَّامٍ نَّحِسَاتٍ ﴾ (فصلت: ١٦).

(٥) إشارة إلى الآية الكريمة:﴿ وَفِى عَادٍ إِذْ أَرْسَلْنَا عَلَيْهِمُ ٱلرِّيحَ ٱلْعَقِيمَ ﴾ (الذاريات: ٤١)، عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله: الريح العقيم قال: الشديدة التي لا تلقح شيئاً. ينظر: تفسير أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي (١٠/ ٣٣١٣)، رواه الحاكم (٢/ ٥٠٧)، رقم (٣٧٣٩) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٦) أو أيّام العجوز؛ لأنّه لّما أهلك الله قوم عاد تخلّفت منهم عجوز كانت تنوح عليهم كلّ سنة في هذه الأيّام. عجائب المخلوقات (١/ ١٣٣).

ولأيام العجوز أسماء خاصّة نظمها أبو شِبل الأعرابيُّ:

سأذكُر أيّام العجوزِ مُرتَّباً ... لها عَدَداً نَظماً لدى الكُلّ مُستَمِرّ

صِنٌّ وصِنَّبر ووَبـرٌ معَلِّل ومُطفِئُ جَمرٍ آمِـرٌ ثمّ مُؤتَمِـر.

ينظر: تاج العروس (١٥/ ٢٠١).

وأمّا سنو الروم وشهورهم: فعدد أيّام سنتهم و شهورهم [١] كعدد أيّام اليونان، ولا خلاف بينهم إلاّ في ابتداء السنة وأسامي الشهور.

وأوّل السنة الروم أوّل يوم من كانون آخر، ويسمّون ذلك اليوم اقلنداس.

ومن عدم الفرق بين اليونانَ والروم في عدد الأيّام سمَّى صاحبُ الأنوار[٢] شهور اليونان بشهور الروم[٣]، وليس كذلك، بل أسماء شهور الروم هذه: سواريوس، فرارسوس، مرطيوس، أبريليوس، مانيوس، يونيوس، يوليوس، اغسطس، سمطس، اوطيوس، مرمويوس، قمريوس.

وأمّا سنو اليهود[٤] **وشهورهم**: عدد أيّام سنتهم يوافق السنة القمريّة، إلاّ أنّهم يزيدون في [كلّ] ثلث سنين ثلاثين يوماً كما كان رسم العرب قبل الإسلام، يعدّون كلّ سنتين على التوالي اثني عشر شهراً، ويعدّون السنة الثالثة ثلثة عشر شهراً ويسمّونها السنة الكبيسة، وهذه أسماء شهورهم:

قشري، مرحشون، كسيلو، طبث[٥]، شفط، آذر، نين، آير، سيون، أوف، أيلل.

والشهر الزائد في السنة الكبيسة [يسمّونها] الآزر الأوّل.

وبين اليهود خلافٌ في ابتداء السنة: فجمهورهم على [أنَّ] أوّل يوم تشري أوّلُ يوم السنة، وبعضهم يقولون: أوّلُ يوم نيسون، والقولان مذكوران[٦].

وأمّا عدد أيّام [شهور] وسني الصابئة: فإنّهم يوافقون اليهود في عدد الأيّام.

وأمّا أسامي شهورهم فيوافق شهور اليونان، إلاّ أنّهم [يضافون] الهلال إليها فيقولون:

---

(١) في (ب) : "شهورهم و سنتهم"، وهو محتمل.

(٢) عز الدين يوسف الأردبيلي الشافعي ص: الأنوار لأعمال الأبرار مع حاشيه الكمثرى: مجلدان لطيفان اختصر به الروضة وغيرها.

(٣) ينظر: الأنوار لأعمال الأبرار (١/ ٢٦٦).

(٤) في (د): "سنة اليهود".

(٥) في (ا): "طيبث".

(٦) القولان موجودان في سفر عزرا الاصحاح ٣: ٦، وسفر نحميا الاصحاح ٨: ٢) ينظر موسوعة الكتاب المقدس الالكتروني، مادة: شهر - شهور و هذا وغيره يدلّان على اطلاع الشارح على الكتب القديمة وكثرة قراءته فيها.

هلالُ تشرين [الأوّل وهلال تشرين] الآخر، إلى آخره.

أمّا عيد الكوسج فهو في عاشر كانون الآخر[١]، والنيروز[٢] قد مرَّ.

والمهرجان أوّل يوم تنـزل الشمس في الميزان[٣].

والتأجيل بعيد النصارى واليهود كالتأجيل بشهورهم، وقيل: لا يجوز بعيد النصارى إلاّ بعد العلم بشروعهم في صومهم؛ لأنَّ مبدأً[٤] صومهم مختلَفٌ فيه عندهم، والعيد بانقطاعه، والله أعلم.

(ومُطلق الشهور والسنين) بأن قال: أسلمتُ إليك بهذا في كذا شهراً أو سنةً **(محمولٌ على)** الشهور والسنين **(الهلاليّة)**؛ لأنّها المعروف في الشرع؛ لقوله تعالى: ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ ﴾[٥] الآية.

(وأصحُّ الوجهين أنّه يصحّ التأجيل بالعيد والجُمادى) من غير تقييد [بالأوّل] والآخر[٦]، **(ويحمل على الأوّل)**؛ لتحقُّق اسم المعلّق عليه فلا ينافي مشاركة اسم آخر له بعدُ.

---

(١) من أعياد الفرس: ركوب الكوسج وهو أنه كان يأتي في أول فصل الربيع رجل كوسج راكب حماراً، وهو قابض على غراب، وهو يتروّح بمروحة ويودِّع الشتاء، وله ضريبة يأخذها، ومتى وجد بعد ذلك اليوم ضُرب، وفي وقته وتفاصيله خلاف بين المؤرّخين. ينظر: مروج الذهب (١ / ٢٤٩)، والمختصر في أخبار البشر = تاريخ العلامة الملك المؤيد إسماعيل: أبي الفداء (١ / ٥٣)، و (١/ ١٢١).

(٢) في غير (د) و (ش): "ونيروز"، بدون الألف واللام.

(٣) الحمل والميزان من البروج الاثني عشر التي تنزل فيها الشمس كل شهر في برج، ونزول الشمس في الميزان بداية فص الخريف، فلولكل فصل من فصول السنة ثلاثة أبراج من البروج الأثني عشر لأنها ثلاثة أشهر: فبروج الشتاء الجدي والدلو والحوت، وبروج الربيع الحمل والثور والجوزاء، وبروج الصيف: السرطان والأسد والسنبلة. وبروج الخريف: الميزان، والعقرب والقوس. ينظر: الأزمنة والأمكنة ، تأليف: أبي على أحمد بن محمد بن الحسن المرزوقي الأصفهاني (المتوفى : ٤٢١هـ) : (١/ ٧١).

(٤) في (ا) : "مبتدأ".

(٥) ﴿ ۞ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ ۗ وَلَيْسَ ٱلْبِرُّ بِأَن تَأْتُوا۟ ٱلْبُيُوتَ مِن ظُهُورِهَا وَلَـٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنِ ٱتَّقَىٰ ۗ وَأْتُوا۟ ٱلْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَٰبِهَا ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (البقرة: ١٨٩).

(٦) جُمادى: اسم شهرين قمريّين يميّزان بالأولى والثانية، أو بجمادى خمسة - وهي الشهر الخامس من أوّل السنة القمريّة - وجمادى ستّة وهي الشهر السادس من أوّلها. ينظر: لسان العرب (٣/ ١٢٩).

والثاني: لا يجوز؛ للتردُّد في تعيين الأجل وقتَ العقد.

ومحلُّ الخلاف: فيما إذا لم يقع العقد بينهما، أمّا إذا وقع بينهما فالحمل على ما يليه، وهو الآخر أو عيد الأضحى، ولا يزاحمه اسم ما قدم على العقد.

(**ولو أسلم إلى** [**شهور**) كثيرة] (**وقد بقي من الشهر الهلاليّ أيّامٌ تعدّ تلك الأيام ويضبط ويعتبر الشهور بعدها**) أي: بعد تلك الأيّام (**بالأهلّةِ**)؛ لإمكان [ابتناء] الحساب عليها، وهو الأصل (**ثُمَّ يتمّ ذلك الباقي**) الّذي [بقي من الشهر الّذي] وقع السلم في خلاله (**ثلثين**) ممّا بعد الأشهر الهلاليّة.

[ولا يلغى] المنكسر الأوّل؛ كي لا يتأخّر ابتداء الأجل عن العقد، نعم، لو وقع العقد في اليوم الآخر اكتفي بالأشهر بالأهلّة بعدها، ولا يتمّ اليوم ممّا بعدها.

شروط المُسلَم فيه

(**فصلٌ**: [**لا بُدَّ وأن**] **يكون المسلَم فيه مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم**)؛ لأنَّ ذلك المحِلَّ بمنزلة محِلِّ العقد في المبيع، فكما يجب أن يكون المبيع مقدور التسليم عند وجوب التسليم فكذلك المسلَم فيه، (**وذلك**) أي: وجوب التسليم (**في**) السلم (**الحالِّ** [**في الحالِ**]) أي: في حال العقد (**وفي المؤجَّل عند المحِلِّ**) أي: حلول الأجل (**فلا يجوز السلم فيما لا يوجد عند المحِلِّ**) كالرُّطب في الشتاء، والجَمَد ببغداد في الصيف؛ لأنَّ القدرة على التسليم إنّما يكون بالقدرة على الاكتساب، ولا قدرة والحالة هذه، فيعجز عن التسليم[1].

(**فلا يضرُّ**) في إبطال السلم (**بأن لا يوجدَ**) المُسلَم فيه (**قبله**) أي: قبل المحِلِّ (**أو بعده**) إذا وُجد عند المحِلِّ؛ إذ التسليم إنّما [يجب] عنده، لا قبله ولا بعده.

وشرطُ قدرة التسليم من شروط المبيع، لكن ذَكَره توطئةً لقوله: (**ولو كان**) المسلَم فيه (**يوجَد في بلدٍ آخر: فإن كان يُعتاد نقلُه إليه**) أي: نقلُ المسلَم فيه إلى بلد العقد (**ليُباع**)

---

(١) ذلك كان في عصر الشارح حيث لم تكن الثلاّجة قد اختُرعت، أو المراد به الجمد الطبيعيّ.

كنقل التمر من بغداد إلى حلوان، ونقل المازوج من مهربان[1] إلى همدان (صحَّ) السلمُ فيه؛ لعدم العجز عن التسليم عند وجوبه.

(وإلاّ) أي: وإن لم يكن يُعتاد نقلُه إلى بلد العقد للبيع: بأن لا يُنقل إليه أصلاً، أو لا يُنقل إلاّ نادراً، أو ينقل كثيراً لكن لا للبيع بل للهديّة أو للمنّ للاستكثار (فلا) يصحّ السلم إليه؛ للعجز عن التسليم عند المحِلّ.

ولا يعتبر البُعد بين البلدين بمسافة القصر[2]، بل كفى فوق مسافة العدوى[3]، فلو وجد دون مسافة العدوى فالأصحُّ عند البغويّ[4] الجواز إلاّ إذا كان المسلَم فيه ممّا يفسد بالنقل.

(ولو أسلم فيما يعمُّ وجوده) كالعنب في كنجويه[5]، والرُّطَب ببغداد (ثُمَّ انقطع عند المحِلِّ)- القياس كسر الحاء؛ لأنه اسم زمان-: أي: وقت الحلول[6] (بجائحة)

---

(١) المازوج ثمرة من ثمرات شجرة المازوج، يستعمل في صناعة الحبر وفي الدباغ، ومهربان ومهرويان كلاهما من أسماء بلدة مريوان، بلدة في غرب إيران، ومعنى الأوّل: رحيم، ومعنى الثاني: الوجوه الشبيهة بالقمر، وتوجد منطقة باسم مهربان في شرق الأهواز، ومهربانان: بالكسر ثم السكون وفتح الراء وباء موحدة وبعد الألف نون وآخره نون، والمهر بالفارسية له معنيان: أحدهما: هو الشمس، والثاني: المحبة والشفقة، وهي من قرى مرو. ينظر: معجم البلدان (٥ / ٢٣٢)، والجغرافيا (١ / ٤٥)، ولكنّ المعنى الأوّل أنسب بالمازوج المتوفّر في مريوان.

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٤)، رقم المسألة (٣٤٥٠). ومسافة القصر عند الشافعيّ رحمه الله ثمانية وأربعون ميلاً هاشمية وهي مرحلتان بسير الأثقال ودبيب الأقدام. ينظر: الأصول والضوابط، تأليف: الإمام يحيى بن شرف بن مري النووي أبي زكريا (٦٧٦هـ)، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ)- دار البشائر الإسلامية - بيروت (١ / ٤١-٤٢).

(٣) قال إمام الحرمين وغيره: مسافة العدوى: هي التي يمكن قطعها في اليوم الواحد ذهاباً ورجوعاً، ومعناه: أن يتمكن المبكّر إليها من الرجوع إلى منزله قبل الليل. ينظر: الوسيط للغزالي (٥/ ٧٥)، وتهذيب الاسماء للنووي (٣/ ١٩٦).

(٤) صاحب التهذيب في الفقه، ومعالم التنزيل في التفسير، ولم أجد المسألة فيهما.

(٥) سبق التعريف بكنجويه، وأنّه هو والشاهو واحد، يذكرهما الشارح كثيرا لأنّهما موطن جدّه محمد زاهد المعروف ببير خضر.

(٦) لأنه من حلَّ يحِلُّ بمعنى وجب ففي مضارعه الكسر فقط. والمصدر الميمي منه قياسه مفعل بكسر العين. كمضرب و موعد.. ينظر: الشافية في علم التصريف، تأليف: جمال الدين أبي عمرو عثمان بن عمر الدويني النحوي (ابن الحاجب) (ت:٦٤٦هـ)، تحقيق: حسن أحمد العثمان، ط الأولى (١٤١٥هـ- ١٩٩٥م) المكتبة المكية - مكة (١/ ٣٠)، وكتاب الكليات (١/ ٣٨٩).

أي: آفة مهلكة (**فأصحُّ القولين أنّه لا ينفسخ السلم**) بنفسه؛ قياساً على ما لو أفلس المشتري بالثمن، فإنّه لا ينفسخ البيع، فكذلك هنا، ولأنّ العقد ورد على المقدور فصحَّ، والعجز بالحادث[1] لا يرفعه، كأُباق العبد.

والثاني: ينفسخ؛ لأنّ المسلَم فيهَ كالمبيع، وتلفُ المبيع قبل القبض يوجِب الانفساخ.

وأجيب بالفرق: بأنّ المسلَم فيه يتعلّق بالذمّة.

(**لكن**) على الأوّل (**يتخيّر المسلِم بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن يوجَد**) فيطلبَه منه.

ثُمَّ هذا الخيار على التراخي على ما جزم به المصنف في الكبير وتبعه صاحبُ الروضة[2].

وقيل: على الفور كسائر الخيارات[3]، ووقتُه وقتُ الانقطاع.

وعلى الأوّل[4] لو أجاز ثُمَّ بدا له أن يفسخ مُكِّن منه. وكذا لو صرَّح بإسقاط الخيار لم يسقُط.

وفي وجهٍ: لو أسقطه سقَط، وبه أجاب العبدَريُّ.

(**ولا يثبت الخيار للمسلِم في صورة الانقطاع قبل المحِلِّ**) أي: وقتِ الحلول (**وإن تبيَّن**) بالأمارات والتجربات (**أنّه**) أي: المسلَم فيه (**لا يوجد حينئذٍ**) أي: حين الحلول (**في أصحِّ الوجهين**)؛ لعدم توجُّه الحقّ على المسلَم إليه، وهو وجوبُ التسليم.

والثاني: يثبُت له الخيار إذا تبيَّن أنّه لا يوجد حينئذٍ؛ لتحقُّق العجز في الحال، والأصل عدمُ القدرة بعده.

---

(١) في (د) و (ش) : " والعجز الحادث "، وهو محتمل.

(٢) العزيز ، ط.دار المعرفة (٩/ ٢٤٦)، وروضة الطالبين (٤/ ١١).

(٣) سبق تعداد الخيارات في فصل التولية. وقد ذكر السبكي قاعدة متلقاة عن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي رحمه الله: أنّ كلّ خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فهو على الفور. ينظر: الأشباه والنظائر ـ لتاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، الطبعة الأولى (١٤١١ هـ - ١٩٩١م)- دار الكتب العلمية:- (١/ ٣٠٣).

(٤) أي: على القول بأنّ الخيار على التراخي.

ولـو وُجـد في غيرِ هـذه البلـدة لكـن يفسـد بنقلـه، أو لم يوجـد إلاّ عنـد قـومٍ لا يعتـادون بيعـه فهـو انقطـاع، فـإن اعتـادوا البيـع لكـن بثمـن غـالٍ فالأصـحُّ أنّـه يجب تحصيلـه.

ويجـب نقـل الممكـن ممّـا دون مسـافة العـدوى، وفيـما فوقـه خـلافٌ، والأصـحُّ عـدم الوجـوب.

***

شروط أخرى في المسلَم فيه

(فصـلٌ: [ولا بـدَّ وأن يكـون) المسـلَم فيـه (معلـومَ القـدر)؛ لئـلّا يكـون مجهـولاً فيـؤدِّيَ إلى المنازعـة، ولهـذا قيـل: كلُّ مـا لم يُضبـط صفتُـه ومعرفـةُ مقـداره لم يجـز السـلم فيـه[1]، وقـد صرَّح بـه ﷺ حيـث قـال: «مـن أسـلَم منكـم فليُسـلِم في كيـلٍ معلـوم ووَزنٍ معلـوم إلى أجَـلٍ معلـوم»[2] (بالكيـل) في المكيـلات عـادةً، (أو الـوزن) في الموزونـات (أو العـدِّ) في مـا يعـدُّ عـادةً (أو الـذرع) فيـما يُـذرَع بالمقيـاس، [ذراعـاً] كان أو غـيرَه.

(ويجـوز ذكـر الكيـل في المـوزون) الّـذي[3] يمكـن كيلـه، كأنـواع الأدهـان (وبالعكـس) فيـما يمكـن وزنـه، كأنـواع الحبوبـات؛ لأنّ الغـرض معرفـةُ القـدر والعلـمُ بـما يُعقـد عليـه، بخـلاف مـا تقـدَّم في الربويّـات؛ لأنّ المقصـود [ههنـا معرفـة القـدر، ويحصـل بـكلّ منهـما، و] هنـاك حصـولُ المماثلـة بعـادة عهـد رسـول الله ﷺ.

هكـذا أطلـق الجمهـور، وحمـل الإمـام إطلاقهـم في جـواز كيـل المـوزون عـلى مـا يعـدُّ

---

(١) أجمع مجوزو السلم جميعاً أنه لا يجوز السلم إلا في موصوف معلوم بالصفة. ينظر: اختلاف الفقهاء، تأليف: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبي جعفر الطبري (ت: ٣١٠هـ)-الناشر: دار الكتب العلمية- (١/ ٩٥) و (١/ ١٢٥).

(٢) رواه البخاريّ، رقم (٢٢٣٩)، ومسلم في: كتاب المساقاة،س باب السلم، (٣/ ١٢٢٦)، رقم (١٢٧-١٦٠٤) ولفظ الكتاب قريب من لفظ مسلم، وهو: «من أَسلَفَ في تَمرٍ فَلْيُسلِف في كَيلٍ مَعلُومٍ وَوَزنٍ مَعلُومٍ إلى أَجَلٍ مَعلُومٍ».

(٣) في (ا): زيادة: " فيما يعد عادة أو الذرع الذي "، وهو سهو.

الكيلُ فيه ضابطاً، حتّى لو أسلم في فُتات المسك[١] أو العنبر[٢] أو الكافور[٣] ونحوها كيلاً لم يجز؛ لأنّ القدر اليسير منه مالٌ كثيرٌ، والكيل لا يعدُّ ضابطاً فيه[٤]، وحكاه المصنِّف ولم يتكلَّم في تصحيحه وعدمه، ثُمَّ قال: يجوز السلم في صغار اللآلئ إذا عمَّ وجودُها كيلاً ووزناً[٥].

قال النوويُّ: هذا بخلاف [حمل الإمام]، وكأنّ الرافعيَّ اختار ما تقدّم من إطلاق الجمهور[٦].

(ولو أسلم في مائة صاع[٧] حنطة) مثلاً **(على أن يكون وزنها كذا)** أي: مائةَ أو دونها أو أكثر **(لم يصحَّ)**؛ إذ لا يقع توافق [المقدارين] إلاّ نادراً، فيؤدِّي إلى عزَّة الوجود.

(والسلمُ في البطّيخ) هنديّاً كان أو عراقيّاً **(والباذنجان والقثّاء)** والخيار **(والسفرجل والرمّان)** والنارنج والأُترنج والليمون **(إنّما يجوز بالوزن)**؛ لأنّ الوزن أعمُّ ما يعلم به المقادير وأضبط، **(دون الكيل)**؛ لأنّها لا تنكبس في المكيال؛ لعظم حجمها، فيبقى التجافي فيها، فلم يحصل الضبط، **(و)** دون **(العدِّ)**؛ لتفاوتها حجماً فيؤدّي إلى الغرر.

ولو جمع بين العدّ والوزن لم يجز، بل لو ذكر في بطّيخة واحدة لم يجز أيضاً؛ لأنّها والحالة هذه يجب ذكر حجمها ووزنها، فيؤدّي إلى عزّة الوجود، وإنّما يجوز البيع فيها بالعدّ؛ اعتماداً على المعاينة المكفيّ بها في المعاوضات المعيَّنة.

---

(١) (المسك) ضرب من الطيب يتخذ من ضرب من الغزلان المعجم الوسيط (٢/ ٨٦٩).

(٢) (العنبر): مادة صلبة لا طعم لها ولا ريح إلا إذا سحقت أو أحرقت، يقال: إنه روث دابة بحرية وحيوان ثديي بحري من الفصيلة القبطية ورتبة الحيتان يفرز مادة العنبر. ... (ج) عنابر. المعجم الوسيط (٢/ ٦٣٠).

(٣) (الكافور): شجر من الفصيلة الغارية يتخذ منه مادة شفافة بلورية الشكل يميل لونها إلى البياض، رائحتها عطرية وطعمها مرّ، وهو أصناف كثيرة. (ج): كوافير. المعجم الوسيط (٢/ ٧٩٢)

(٤) ينظر: نهاية المطلب (٦/ ٤٩).

(٥) عبارته: ويجوز في اللآلئ الصغار. الشرح الكبير للرافعي، طبع دار المعرفة (٩ / ٢٧٩)

(٦) ينظر: الروضة (٤/ ١٧)، ونصّه: قلت هذا مخالف لما تقدم في الشرط الخامس عن إمام الحرمين أن ما لا يعد الكيل فيه ضبطاً لا يصح السلم فيه كيلاً، فكأنه اختار هنا ما تقدم من إطلاق الأصحاب.

(٧) ذهب بعض المعاصرين إلى أن وزن الصاع = ٢١٧٣ جرام. وذهبت هيئة كبار العلماء في السعودية إلى أن الصاع = ٢٦٠٠ جرام. ينظر: الصاع بين المقاييس القديمة والحديثة، بحث للشيخ: عبدالله بن منصور الغفيلي: (١/ ٤).

(**ولا يجوز في الجوز**) هنديّاً كان أو عراقيّاً (**واللوز**) جبليّاً كان أو بستانيّاً (**بالعدّ**)؛ لتفاوت حجمها صغراً وكبراً، فتختلف فيه الأغراض، وكذا الهليج الكابليّ[1] والجوز البوا[2] الّذي يجعل في المعاجين.

(**ويجوز بالوزن في النوع الّذي يقلّ الاختلاف في قشوره**) بأن تكون القشور كلُّها غلاظاً، أو كلُّها رقاقاً وقد علم المتعاقدان قلّة الاختلاف حالة العقد إمّا باستفاضة، أو بشهادة شهود، أو بمعاينة بعضها قبل العقد، وإلاّ فلا يجوز السلم فيه بأيِّ وجه من المقادير أصلاً.

وهذا إنّما يكون في جوز شجرة، أو بستان منبت من شجرة[3]، وكذا الكلام في اللوز ونحوه.

(**وكذا**) يجوز السلم في ذلك النوع (**بالكيل في أشبه الوجهين**)؛ لقلّة الاختلاف وقلّة التجافي في المكيال؛ لصغر الحجم. **والثاني**: لا يجوز؛ إذ لا يخلو عن التجافي.

قوله: " ويجوز بالوزن في النوع " إلى قوله: " أشبهِ الوجهين " ممّا تبع فيه المصنّف استدراكَ [الإمام على إطلاق الجمهور[4]، وتبِعه [من تبِعه] من صاحب الحاوي[5] وابن الصلاح وغيرهما، لكن قال النوويُّ في شرحه على الوسيط بعد ما ذكر استدراك]

---

(١) الهليلج و الإهليلج و الإهليلجة والإهليلج بكسر الهمزة واللام الأولى وفتح اللام الثانية، وهو معرّب هليله: شجر ينبت في الهند و كابل و الصين ثمره على هيئة حب الصنوبر الكبار، وثَمَره أنواع: منه أصفرُ، ومنه أسودُ وهو البالغ النَّضيجُ، ومنه كابِليٌّ، له منافِعُ جَمَّةٌ ذَكرَها الأَطِبَّاءُ في كُتبهم، منها: أنه يَنفَعُ الدِّماغَ والمَعدة. ينظر: تهذيب الاسماء (٣/ ٣٥٦)، ولسان العرب (٢/ ٣٩٢)، وتاج العروس (٦/ ٢٨١) ثلاثتها في مادّة: هلج، والمعجم الوسيط (١/ ٣٢).

(٢) المكتوب في المصادر: جوز بوا " بدون " أل "، ويسمّى: جَوزَ بُويَا و جَوزَ بَوَّا وجوزَ البَرّ، وجوز الطيب، وجَوز بُوَا، ويسمّى شَجَرُه: الضَبرَ بالفَتح، وهو جوزٌ صلبٌ في مقدار العفَص سهل المكسر رقيق القشر طيب الرائحة حاد، وليس هو الرمّان البَرِيَّ، لأنَّ ذلك يسمى المَظَّ. ينظر: الصحاح في اللغة (ص٦١٢) مادّة: (ضبر). والقانون في الطب (١ / ٤١٦)، وتاج العروس (١٢/ ٣٧٨- ٣٧٩)، والمعتمد (١ / ٩٨).

(٣) أي: نبت البستان في الأصل من ثمرة شجرة واحدة.

(٤) نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ٥٠).

(٥) صاحب الحاوي هو الماورديّ، سبقت ترجمته، وينظر: الحاوي الكبير (٥/ ٤١٦).

الإمام: المشهورُ في المذهب إطلاقُ الأصحاب، ونقل عليه نصّ الشافعيِّ ﷺ[١].

قيل: بَيضُ الدجاجة كالسفرجل والرمّان ونحوهما لا يجوز فيها إلاّ بالوزن، والصحيح أنّه يجوز بالعدِّ؛ لقلّة تفاوت حجمها غالباً، لكن بعد ما عيَّنا نوع البائض كاللاريّة[٢] والعراقيّة والشاميّة؛ فإنّها تتفاوت صغراً وكبراً؛ فإنَّ دجاجة اللار أكبرُ ما يكون في الدنيا، فينقلونها تحفةً إلى سلاطين العجم.

(ويُجمع في اللِبن) بكسر اللام[٣]: الآجرّ الخام (بين العدِّ والوزن)؛ لإمكان توافقهما؛ لأنّه يُصَبُّ في القالب، فيمكن أن يفعل قالباً يسعُ منّاً[٤] مثلاً، فلا يؤدِّي إلى عزّة الوجود، ولا بأس بتفاوت الوزن قليلاً؛ لأنَّ هذه الأمور مبنيّة على التقريب؛ لتعذُّر التحديد.

والمصنِّف تبع في ذلك أصحابنا الخراسانيين[٥].

وأمّا العراقيّون[٦] فإنّهم لم يعتبروا الوزن، بل اكتفَوا بالعدِّ، ونقَلوا نصَّ الشافعيّ

---

(١) سمّى هذا الكتابَ الذهبيُّ في ترجمته للنووي: شرح الوسيط، وسمّاه السيوطي في المنهاج السويّ: نكت على الوسيط، وسماه محقّق الروضة فؤاد بن سراج عبد الغفار في مقدّمة تحقيقه: قطعة في شرح الوسيط، ولم أحصل عليه، وأبدي إعجابي بمكتبة الشارح كيف جمع فيها هذه الكتب.

(٢) الظاهر: أنّ اللارية نسبة إلى مدينة لار التي جاء ذكرها في: التحفة اللطيفة في تأريخ المدينة الشريفة لأبي الخير محمد شمس الدين بن عبد الرحمن بن أبي بكر السخاوي القاهري الشافعي (ت:٩٠٢هـ) : (١ / ٤٣٣)، ورحلة ابن بطوطة - (١ / ١٣٢)، قال الزبيدي: وهي مدينةٌ بفارس ، منها أبو محمد أبان بن هُذَيلِ بنِ أبي طاهرٍ اللاريّ. ينظر: وتاج العروس (١٤ / ٨٥).

(٣) في (ش): "بكسر الباء"، وهو محتمل راجح. واللَّبِنة واللِبْنة: التي يُبنَى بها وهو المضروب من الطين مُرَبَّعاً، والجمع لَبِنٌ ولِبنٌ على فَعِلٍ وفِعلٍ مثل فَخِذٍ وفِخذ. لسان العرب: (١٣ / ٣٧٢).

(٤) المن: رطلان ، وحيث أن الرطل= ٤٠٨ جرامات؛ فيكون مقدار المن بالجرامات = ٢ × ٤٠٨ = ٨١٦ جراماً. ينظر: بحث في تحويل الموازين والمكاييل الشرعية الى المقادير المعاصرة، لفضيلة الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع (١ / ٢٨).

(٥) أي هنا وفي العزيز ينظر: العزيز (٩/ ٢٥٧). والخراسانيون : إحدى الجماعتين اللتين اشتهرتا بنقل مذهب الشافعيّ ، وزعيمهم القفال الصغير المروزي عبد الله بن أحمد ، سكنوا مدناً أربعة في خراسان وهي مرو ونيسابور وبلخ وهراة ولهذا اشتهروا باسم " الخراسانيين، ويسمّون بالمراوزة. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى (٥/ ٥٣) وتهذيب الأسماء (١/ ٨٤٩)، ومقدّمة تحقيق نهاية المطلب (١٣٢-١٣٦).

(٦) العراقيون إحدى الجماعتين اللتين اعتنتا بنقل مذهب الشافعي ، و شيخهم الشيخ أبو حامد الإسفرايني، سكنوا بغداد وما والاها وسمعوا شيوخ العراق ولهذا اشتهروا باسم " العراقيين "، ومن أشهر أعلامهم: رأسهم= الشيخ أبو حامد الإسفرائيني، والماورديّ والقاضي أبو الطيّب الطبريّ وأبو إسحاق الشيرازيّ. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٣/ ٣٨٧)، ومقدمة تحقيق نهاية المطلب (ص١٣٣-١٣٤).

على أنَّ الجمع مستحبٌّ[1]، فلو ترَكَ الجمع واقتصر على العدِّ فلا بأسَ، لكن يذكر طولَه وعرضه وثخانته بالأشبار والأصابع، ويعيِّن طيناً أبيض أو أحمر أو أعفر على ما أراد.

(ولو عيَّنا) في العقد (مكيالاً) بأن قال: أسلمتُ إليك هذا الثوبَ في مائة مكيالٍ بهذا المكيال (فإن لم يكن معتاداً) أي: لم يكن كيلَ المعاملات في ذلك الزمان والمكان (كالقصعة) يجوز أن يكون تفسيراً للمعتاد؛ فإنّ العادة في المكيال القصعة، فالمعنى: لم يكن معتاداً كالقصعة المكيل بها، بل غيرَ معتادٍ كالكوز واليقطين، ويجوز أن يكون قيداً للمنفيّ، والمعنى: ما لم يكن معتاداً كالقصعة من القصاع الّتي لم يُعتد المعاملةُ بها (فسدَ السلمُ)؛ للجهل بالمقدار، وقد يتلَف قبل المحلِّ فيؤدِّي إلى الغرر والنزاع.

(ولو كان ذلك في البيع) بأن قال: بعتك مِلأَ هذا الجراب أو الكوز من هذه الحنطة بكذا (صحَّ)؛ لعدم الغرر، وانتفاء احتمال التلف في الحال غالباً.

(وإن كان) المكيال (معتاداً) يُعامِل به الناس، ويُقاس به المكاييلُ (لم يفسد السلم في أصحِّ الوجهين)؛ لعدم الغرر؛ لقيام غيره مقامه لو تلف قبل المحلّ، وعلى هذا يلغو تعيينُه، حتّى لو لم يتلف لم يلزم الكيلُ به.

والثاني: يفسد السلم؛ لأنّ المعقودَ عليه هذا المكيالُ، ويمكن تلفُه قبل المحلّ.

وأُجيب بأنّ تعيينَه والحالةُ هذه ممّا لا يتعلّق به غرضٌ؛ لأنّ جميعَ مكيال البلد بمثابته.

(ولو أسلم في ثمرة بستان) في قدرٍ معلومٍ (أو قريةٍ صغيرةٍ لم يصحّ) السلم اتّفاقاً؛ للغرر؛ لاحتمال الانقطاع بالأكل أو الجائحة، فيتعذّر التحصيل.

(ولو أضاف الثمرة إلى ناحية) ككنجويه (أو قرية عظيمة) كالشهربان والعجميّة[2]

---

(١) قال النوويّ: ونص الشافعي ﷺ في آخر كتاب السلم من الأم على أن الوزن فيه مستحب لو تركه فلا بأس. ينظر: روضة الطالبين (٤ / ١٤)، وعبارة الأم: وَلَا بَأسَ أن يَبتَاعَ آجُرًّا بِطُولٍ وَعَرضٍ وَثَخَانَةٍ وَيَشتَرِطُ من طِينٍ مَعرُوفٍ وَثَخَانَةٍ مَعرُوفَةٍ وَلَو شَرَطَ مَوزُونًا كان أَحَبَّ إلَيَّ، وَإِن تَرَكَهُ فَلَا بَأسَ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. الأم (٣/ ١٣٢).

(٢) شهربان مدينة في العراق تسمّى الآن المقدادية، تابعة لمحافظة ديالى في العراق، مشهورة برمّانها العالي الجودة. ينظر: عشائر العراق، لعباس العزّاوي (١ / ١٨٩).

(فالأصحُّ من الوجهين الصحّةُ)؛ لعدم الغرر؛ لبعد احتمال الانقطاع؛ إذ قلّما يعمُّ الجوائحُ البساتينَ الكثيرةَ.

والمراد بعظم القرية كثرةُ بساتينها، لا كثرةُ دورها، فالشهربان أعظمُ من بغداد؛ لأنّ بساتينَها أكثرُ من بساتين بغدادَ.

والثاني: لا ينظر إلى الانقطاع وعدمه، بل يقول: إن لم يُفد تعيينُه تنويعاً لم يصحَّ؛ لخلوِّه عن الفائدة، فيكون كتعيين المكيال، وإن أفاد تعيينُه تنويعاً كمعقليّ بصرة، فإنّه مع معقليّ بغداد صنفٌ واحدٌ لكن يمتاز كلٌّ منهما عن الآخر بصفاتٍ وخواصَّ، وعلى هذا فإطلاق الخلاف لا يخلو عن تسامح؛ لإيهامه إطلاق وجه مقابل الأصحّ[1].

شروطٍ أخرى في المسلَم فيه

(فصلٌ: ولا بُدَّ من معرفة أوصافه) أي: المسلَم فيه **(الّتي يختلف بها الأغراضُ)** جمع غَرَض، وهو: ما يُقصد لفائدة **(اختلافاً ظاهراً)** وهو: ما لا يسامَح بتركها **(يذكرها المتعاقدان في العقد على وجهٍ لا يؤدّي إلى عزَّة الوجود)** أي: نُدرة الوجود أو عدمه؛ يقال: فلانٌ عزيزٌ، أي: نادر الوجود أو عديم المثل، وهذه قيودٌ مشروطةٌ في السلم يُضبط بها المسلَم فيه لينتفيَ الغرر، وسيأتي عليك فروعها مشروحةً. **(فما لا تنضبط أوصافُه المقصودةُ)** أي: ما يختلف به الأغراض ولا يُسامَح [بإهمالها] **(لا يصحُّ السلم فيه)**؛ لإفضائه إلى الغرر والمنازعة. **(وذلك)** [أي:] الّذي لا ينضبط أوصافه **(كالمختلطات المقصودة الأركان)** كلُّ ركن يفيد فائدةً مستقلّةً، وعند اجتماعها يُطلق عليها اسمٌ واحدٌ **(كالهرائس)** جمع هريسة من هرِس الطعامُ: إذا نضج وهرئ بحيث لا يتميّز أجزاؤه. فيستوي فيه الهريسةُ المعهودة- وهي: المتّخذة من الحنطة المدقوقة واللحم والدهن[2]،[والكشكُ] وهي: المتّخذة من الحنطة المدقوقة واللحمُ السمين.

---

(١) في جميع النسخ: "وجه مقابل الأصحّ"، وفيها ركاكة؛ لأنّ فيها إضافة الموصوف إلى الصفة.

(٢) ينظر: الحاوي في الطب، تأليف: أبي بكر محمد بن زكريا الرازي (ت٣١٣هـ)، سنة النشر (١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م): دار احياء التراث العربي بيروت- لبنان: (٧ / ٣٣٩).

والفرق بينهما: أنّ الهريسة يضرب بالأخشاب والمغارف[1] حتّى يهتريَ[2]، بخلاف الكشكك، وكذا المتّخذ من الأرز بأنواعها، وفي المطبوخ بالدهن وحده احتمال، **(والمعجوناتِ)** من الأطرفيل[3] والفلونيا[4] ومادة الحياة[5]، ومعجون السلاطين[6]؛ لعدم انضباط أجزائها قلّةً وكثرةً؛ لأنّها من الأدوية الحرِّيفة[7] المختلفة الأنواع كالفلفل[8] والزنجبيل[9] والدار صينيّ[10]، والجوز، والسعد[11]والبهمنين[12]، ولسان

---

(١) "والمغارف"، وفي الهامش منها: "اي: كف كير. منه"، وهو مناسب، والمغارف جمع مغرفة بكسر الميم ما يغرف به الطعام ونحوه، وتسمّى المِقدَحُ والمِقدحة والقفشليلة، والأخيرة فارسية معرّبة تناسب ما كتب في "منه" ينظر: لسان العرب (١١/ ٥٦٣) مادّة: قفشل، وتاج العروس (٧/ ٤٠)، والمصباح المنير (٢/ ٤٤٥).

(٢) هَرَأَ اللَّحمَ هَرأ: أنضَجَهُ، كَهَرَّأهُ بالتضعيف، ...، وَتَهَرَّأ: سَقط من العَظمِ فهو هَرِيءٌ، وأهرَأَ لَحمَهُ إهراءً إذا طَبَخَه حتى يَتَفَسَّخ. تاج العروس (١/ ٥٠٨)/ مادة: (هرأ).

(٣) جنس نباتي يتبع الفصيلة الجنطيانية. مكتبة تراث التنوع البيو لوجي، تأليف: كارلوس لينيوس (١/ ١٤٥).

(٤) وجدت في كتاب ابن سينا أنّه دواء مركب موادّ عديدة. ينظر: القانون (٣/ ٤٢٣)

(٥) وجدت في المراجع معجون الفلاسفة وهو المسمّى مادّة الحياة . ينظر: القانون (٣/ ٤٠٧)

(٦) لم أجده في المعاجم وكتب العلوم والطب. ولعله معجون الباه كما يذكره الشارح.

(٧) أي: الّتي تحرق اللسان والفم بطعمها. ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس (٢٣/ ١٣٨).

(٨) والفُلفُل: نبات من الفصيلة الفلفلية من نباتات البلاد الحارّة يستعمل مسحوق ثماره في الطعام. المعجم الوسيط (٢/ ٧٠٠)، بالكردية: "تالَەت".

(٩) الزنجبيل مما ينبت في بلاد العرب بأرض عمان، وهو عروق تسري في الأرض، ونباته شبيه بنبات الراسن، وليس منه شيء برّيّاً، وليس بشجر، يؤكل رطباً كما يؤكل البقل، ويستعمل يابساً، وأجوده ما يؤتى به من الزنج وبلاد الصين. لسان العرب (١١/ ٣١٢).

(١٠) والقِرفَةُ: ضَربٌ مِنَ الدّارِصِينيِّ وهو عَلى أنواع لأَنَّ منه الدَّارَصِينيَّ على الحَقِيقَةِ ويُعرَفُ بِدارَ صِينِيِّ الصِّين وجِسمُه أَشحمُ وفي بعض النُّسَخ زِيادة وأسخَنُ أي: أكثرُ سُخُونَةً وأكثَرُ تَخَلخُلاً، ومنه المَعرُوفُ بالقِرفَةِ على الحَقِيقَةِ وهو أَحمَرُ أملَسُ مائِلٌ إلى الحُلوِ ظاهِرُه خَشِنٌ برائِحَةٍ عَطِرَةٍ وطَعمٍ حادٍ حِرِّيفٍ، ومنهُ المَعرُوفُ بقِرفَةِ القَرَنفُلِ وهي رَقِيقَةٌ صُلبَةٌ إلى السَّوادِ بِلا تَخَلخُلٍ أصلاً ورائِحَتُها كالقَرَنفُلِ. ينظر: تاج العروس (١/ ٦٠٦٥)

(١١) السعدة من العروق: الطيبة الريح، وهو أرومة مدحرجة سوداء صلبة كأنها عقدة تقع في العطر وفي الأدوية، والجمع سعد، ويقال لنباته: السعادى والجمع سعاديات، نبت له أصل تحت الأرض أسود طيب الريح. لسان العرب (٣/ ٢١٦)/ مادة: (سعد).

(١٢) البهمن: أصل نبات شبيه بأصل الفجل الغليظ، فيه اعوجاج غالباً، وهو أحمر وأبيض، ويقطع ويجفف، نافع للخفقان البارد، مقوٌّ للقلب جداً، باهيٌّ. القاموس المحيط (١/ ١٥٢٥) فظهر أنّ المراد بالبهمنين البهمن الأبيض والبهمن الأحمر.

العصافير[١] والبسباسة [والزرنبات][٢] والمُصطُكَى والتودري[٣] والعاقر القرخيّ[٤] وبذر الهندُباء–والحُرفة[٥] وحبِّ الرشاد[٦] وغيرها.

وقيل: يصحُّ في [معجون الباه][٧] الّذي يتّخذه السلاطين؛ لأنّ أجزاءه متساويةٌ وزناً ومنضبطةٌ، وهي: الكرفس[٨]، والفلفل، والجوز البوا، والبسباسة والحُرفة، والهليون[٩]، وبذر

(١) لسان العصافير: ثمر شجر الدردار، شجر عظيم له زهر أصفر و ثمر كقرون الدفلى، يغرس على حافة الطريق للزينة و الظل، وثمره باهيٌّ جداًّ، نافع من وجع الخاصرة والخفقان، مفتّت للحصى. القاموس (١/ ١٥٨٨)، والمعجم الوسيط (١/ ٢٧٨)/ مادة: (لسن).

(٢) الزرنب: نوع من أنواع الطيب، قضبان دقاق مستديرة الشكل ما بين غلظ المسلة إلى غلظ الأقلام سود إلى الصفرة ليس له كثير طعم ولا رائحة والقليلة من رائحته عطرية أترجة وقيل: هو نبت طيب الريح، وقيل هو: الزعفران. ينظر: النهاية في غريب الأثر (٢/ ٣٠١)/ باب الزاء مع الراء. والقانون (١ / ٤٦٢).

(٣) عشبة شبيهة الورق بورق الفراسيون مربع الجذر وجذره قدر نصف ذراع له أقماع فيها بزر مستطيل أسود وهذا هو المستعمل من التودري، وأما البرّي فبزره مدحرج. القانون في الطب (١/ ٦٨٦).

(٤) في (ج): " العاقر القرض "، وفي بقية النسخ التي عندي: " العاقر القرخي "، لم أحصل على لفظه ولا على معناه في المعاجم، لكن وجدت في كتب الطبّ القديم: " العاقر قرحا "، وذكر فيها: أنّه نبات هندي يشبه قطع جذور الشجر. وقيل: العاقر قرحًا: هو أصل الطَّرخُون الجبليّ. وأجوده الغضّ البستانيّ. ينظر: الجامع لمفردات الأدوية والأغذية ، لضياء الدين أبي محمد عبد الله الأندلسي المالقي (ابن البيطار)(ت:٦٤٦هـ) ، (١٤٢٢هـ–٢٠٠١م) – دار الكتب – بيروت–لبنان: (١ / ٤٧٤)، وكنوز في الرقية (١ / ١٩٧).

(٥) (الحُرفُ) حب الرشاد ومنه يقال شيء (حِرِّيفٌ) للذي يلذع اللسان بحرافته، أو القرفة ، وهي: قشر شجر من الفصيلة الغارية، أشهره القرفة السيلانية والقرفة الصينية، وهي تستعمل لعطرية فيها،= =والقرفة هي جنس آخر غير الدارصيني وأنها من طبيعة أخرى غير طبيعته. ينظر: الحاوي في الطب (٦/ ١٦٣)، والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير (١ / ١٣٠)، و المعجم الوسيط (٢/ ٧٢٩).

(٦) واما الحبوب التي لا تقتات وانما تؤكل تفكها او يتداوى بها أو تقزح بها القدور فمنها الثفاء وهو الحُرف وأهل العراق يسمونه حبَّ الرشاد. الزاهر (١/ ١٥٣) رقم الغريب (٢٩١). فالظاهر: أنّ الحرفة وحبّ الرشاد شيءٌ واحد.

(٧) سبق ذكره في بيع الأصول والثمار ولم أجد ما يبينه في المعاجم.

(٨) في (ش) بعد الكرفس " زيادة: " الأحمر والأبيض "، ولا توجد في النسخ الأخرى.

(٩) هو الإسفَزاج عند أهل المغرب، يسمى: أقلام الذئب أيضًا، ومنه بستانيّ، يتخذ في البساتين بالديار المصرية، ورقه كورقة الشّبث. ولا شوك له، وله بزر مدوّر أخضر، ثم يسودّ ويحمرّ، وفي جوفه ثلاث حَبَّات كأنّها حبّ النِّيل صُلبة. ينظر: المعتمد في الأدوية المفردة (٢ / ١٦٢–٢٠٢).

النارجيل[١]، والزنجبيل[٢]، والبهمنان الأحمر والأبيض، والتودري الأصفر[٣] والمَصطكَى، هذه الأجزاء متساويةٌ وزناً، واللعل[٤]، والمرواريد[٥]، والمرجان[٦]، والعقيق[٧]، والكهرباء[٨]، واللازورد[٩]، واليشم[١٠]، والعود القماريّ[١١]، والعنبر[١٢]، والافرنجمشك[١٣]، والسنبل،

---

(١) النارَجيلُ: جَوزُ الهِندِ، و هو مهموز ويجوز تخفيفه. ينظر: القاموس المحيط (١ / ١٣٧٢).

(٢) (الزنجبيل): نبات من الفصيلة الزنجبارية له عروق غلاظ تضرب في الأرض حريفة الطعم. المعجم الوسيط (١ / ٤٠٢).

(٣) في (ج): " والنودر الأصفر "، وفي هامشه: " وزلالي "، وفيه إشكال، وسبق تعريف التودريّ.

(٤) اللعل: من الأحجار الكريمة شديد الصلابة، من المعادن التي تتركب من سيليكات ثيدرانة الألمنيوم والصوديوم، وتختلف ألوانه بحسب الموادّ الأخرى الّتي دخلت في تركيبه، ومن أنواعه المشهورة: لعل بدخشان. ينظر: فرهنگ فارسي د. محمد معين (ص١٢٠٨).

(٥) مرواريد: اسم فارسيّ، بمعنى اللؤلؤ الّذي يخرج من المحار، وهو جسم جامد برّاق كرويّ الشكل، يتكوّن من تصلّب بعض الموادّ المخاطيّة المترشحة من جسم بعض الحيوانات اللينة المزدوجة باسم المحار. ينظر: فرهنگ معين (ص١٣٣٤).

(٦) قال أبو حَنيفةَ في كتاب النّبات : المَرجان : (بَقلَةٌ رِبعِيَّةٌ) تَرتَفع قِيسَ الذِّراعِ ، لها أَغصانٌ حُمرٌ ، ووَرق مُدَوَّرٌ عَريضٌ كَثيفٌ جِدًّا رَطبٌ رَوِيٌ، وهي مَلبَنَةٌ (واحِدتُها بهاءٍ). تاج العروس (٦ / ٢١٠).

(٧) العَقيقُ، كأمِير: خَرَزٌ أحمَر تُتخذُ منه الفُصوصُ ، يكون باليَمَن بالقُربِ من الشِّحر. يتكوّن ليكون مَرجاناً، فيمنَعُه اليُبس والبَرد. تاج العروس (٢٦ / ١٦٧).

(٨) الكهرباء: مادة راتينجية صفراء اللون شبه شفافة قوية العزل للكهربائية وهي أولى المواد التي عرف تكهربها بالدلك ومنها اشتقت كلمة الكهربائية (مج) والعامل الطبيعي الذي تنشأ عنه بصفة عامة ظواهر التجاذب والتنافر التي تحدث في حالات معينة نتيجة للدلك أو التسخين أو التفاعل الكيماوي أو نتيجة لحركة نسبية بين المغناطيس ودائرة معدنية موصلة. المعجم الوسيط (٢ / ٨٠٢).

(٩) (اللازورد): من الأحجار الكريمة لونه أزرق سماوي أو بنفسجي يكثر في أفغانستان وأمريكا يستعمل للزينة. المعجم الوسيط (٢ / ٨١٠)، وينظر: الحاوي في الطب (٦ / ١٢٧).

(١٠) (اليشم): مصطلح عام يشمل مجموعة من المعادن الصلدة التي تتدرج ألوانها من الأبيض تقريباً إلى الأخضر الأدكن، وتتكون من سليكات الكلسيوم والمغنسيوم غير المتبلورة. (المعجم الوسيط (٢/ ١٠٦٥).

(١١) العُودُ القَماري، بفتح القاف منسوب إلى قمار كقطام موضع ببلاد الهند: عود يُتَبَخَّرُ به، يسمّى: اللُّوَّة= بالضَّمِّ و الأَلُوَّةُ. ينظر: القاموس المحيط (١/ ٥٩٨)، وتاج العروس (٣٩ / ٤٩٢).

(١٢) سبق بيان العنبر.

(١٣) افرَنجَمُشك، وفَرَنجَمُشك كلمتان فارسيّتان معرّبتان، اسمان لنوع من الريحان، يَنبُتُ بأرضِ العَرَب من أطرافِ اليَمَنِ، ويسمّى: أصابِعَ البُنَيّاتِ وأصابِعَ الفِتيانِ، أو أصابِعَ الفَتياتِ. لسان العرب (٨/ ١٩٢)، وتاج العروس (١/ ٥٣٦١) و(٢١ / ٣١٦)، والمعتمد (٢ / ١٩١).

والسعد، ولسان الثور[1]، وبذر الهندباء، هذه أيضاً متساوية، فيعجن بمثلها وزناً عسلاً منزوع الرغوة، ويوضع على النار القليل فيجيء على القوام، فيستعمل كلَّ يوم على الريق نصف جوزة، فإنّه يهيّج شهوة الباه ويزيد المنيَّ وقوَّةَ الوقاع ويشدُّ الأسنان ويقوّي لحم البدن ويدفع سرعة الشيب، فإن فرط في سرعة الإنزال يكسر سوره بقليل من الشعثاء[2].

(والغاليةِ) وهي معجونٌ مخصوصٌ مركّبٌ من المسك والعنبر والكافور والعود القماريّ[3]، هكذا قال المصنّف في الشرح[4]. وقال وليُّ الدين العراقيُّ[5]: هي من المسك والعنبر والدهن، ثُمَّ قيل: هو دهن البيلسان[6]، وقيل: كلُّ دهن.

(والخفافِ) جمع خُفٍّ: معروفٌ، وضمَّ إليها النعالَ في الكبير[7]؛ لاشتمالها على ظهارة وبطانة وحشوٍ وانعطافاتٍ والتواءٍ وأطرافٍ مختلفةٍ تضيق العبارة عن الوفاء بذكرها (والترياق المخلوط) الّذي يتّخذ من درَن ذنَب البقر الوحشيّ وشحم عينها وبذر الخشخاش[8] وصمغه وصمغ الجوز وغيرها.

واحترز به عن غير المخلوط، كالمتّخذ من صمغ الخشخاش من النبات، أو الحجر الّذي يسمّى: "پازهر"[9]، فإنّه حجر يضرب إلى الخضرة يكون بالهند يسحَق بالماء

---

(١) لسان الثور: عشبة سنوية طبية من الفصيلة البوراجينية، ورقه يشبه لسان الثور، بعض أنواعها تنبت في الحقول، وأخرى تزرع لزهرها. المعجم الوسيط (٢/ ٨٢٥).

(٢) لم أجد تعريفه في المعاجم وكتب الطب.

(٣) س.ت، والمكتوب في النسخ: "القمادي" بالدال، والّذي في المراجع: "القماري" بالراء.

(٤) العزيز (٩/ ٢٦٩) حيث قال: والغالية المركبة من المسك والعنبر والعود والكافور.

(٥) أبو زرعة العراقي، صاحب تحرير الفتاوى، ومختصر مهمّات الأسنويّ، وحواشٍ على الشرح الكبير، سبقت ترجمته في معاملة العبد، ولم نجد قوله هذا في تحرير الفتاوى.

(٦) البَيْلَسان: يسمّى البَلَسَمُ، كَجَعفَرٍ، وهو جنس شجر من القرنيات الفراشية يسيل من فروعها وسوقها إذا جرحت عصارة راتنجية بلسمية تستعمل في الطب، وهي من أشجار البلاد الحارة. ينظر: تاج العروس (٣١/ ٣٠٤)، والمعجم الوسيط (١/ ٦٩).

(٧) فقال: وكذا الخفاف والنعال؛ لاشتمالها على الظهارة والبطانة والحشو. ينظر: العزيز: (٩/ ٢٧٠).

(٨) الخَشْخَاش: نبات معروف يستخرج الأفيون من ثماره: الفصيح بفتح أوله، والعوام يضمونه. العامي الفصيح من إصدارات مجلة مجمع اللغة العربية بالقاهرة - العدد (٩١) صـ٣٧.- (٧/ ٦) مادّة: (خَشخَش).

(٩) پازهر أو پادزهر أو الترياق هو المضاد للسمّ وهو قسمان: پادزهر معدني وپادزهر حيواني، فالمعدني= حجر معدني يستعمل لدفع السم، والحيواني منه حجر يستخرج من معدة الوعل الأولى. معجم معين الفارسي (ص٢٤٦).

ويُشرب لدفع سموم الأفاعي والعقارب.

(والأصحّ من الوجهين صحّتُه في المختلطات الّتي تنضبط صفاتُها) لضبط أجزائها، **(كالعتّابيّ)** المنسوج من الإبريسم والقطن، سواءٌ كان الإبريسم لُحمةً والقطن سدىً، أو بالعكس، أو بعضُ هذا من ذاك وبعضُ ذاك من هذا، **(والخَزِّ)** بالمعجمتين، هو: المنسوج من الإبريسم والوبر والصوف أو شعر معز الشام.

(و كذلك) صحّتُه **(في الجبن)** طريّاً كان أو يابساً، **(والأقطِ)**؛ لأنَّ ما فيهما من الملح والإنفحة[1] من مصالحها، هكذا علّلوا، ويُفهم منه أنَّ المرادَ بالأقط الكشك[2] الّذي ليس فيه دقيقٌ، بل من اللبن فقط مع ما يُصلحه من الملح[3] **(والشهد)** هو العسل الذي لم يُنزع رغوتُه أي: شمعُه[4]، ولا يشترط في الصحّة عدمُ تعجينه، بل لو كُسر الشهد وعُجن فلا بأسَ ما لم يخالطه شيءٌ أجنبيٌّ **(وخلّ التمر)** الّذي يجعل فيه الماءُ **(والزبيبُ)** كذلك؛ لأنّ اختلاط هذه السبعة من مصالحها وقوامها، وليس فيها [اختلافٌ] ظاهرٌ، ولإطباق الناس على المعاملة والسلم فيها من لدُن الصدر الأوّل إلى اليوم.

والثاني: في السبعة يمنع الانضباطَ ويقول: كلٌّ من الإنفحة والملح والماء والشمع والحرير والقطن والوبر والصوف قد يقلُّ وقد يكثرُ.

---

(١) الإنفحة: له معنيان: ١- يستعمل بدل الكرش لكلّ حيوان يجترّ وهو رضيع فإذا رعى تسمّى إنفحته كرشا. ٢- شيء أصفر يستخرج من بطن الجدي من الجدي قبل أن يطعم غير اللبن يعصر في صوفة مبتلة في اللبن فيغلظ به اللبن. ينظر: كتاب العين (٣/ ٢٤٩). والمصباح المنير (٢/ ٦١٦).

(٢) (الكشك) في اللغة الكردية: مرادف للأقط الّذي يصنع من المخيض في اللغة العربية ، ولكنّه في اللغة العربيّة: طعام يصنع من الدقيق واللبن ويجفف حتى يطبخ متى احتيج إليه. وربما عمل من الشعير. ينظر: المعجم الوسيط (٢ / ٧٨٩).

(٣) الأقط يطلق على نوعين من الطعام: ١- طعامٌ يُتَّخَذُ من مَخِيضِ الغَنَم يُطبَخُ ثمَّ يُترَكُ حتَّى يَمصُلَ ثمّ يجفّف، أومن اللَّبَن الحَليبِ. ٢- لَبنٌ مُجَفَّفٌ يابِسٌ مُستَحجِرٌ يُطبَخُ به. تاج العروس (١ / ٤٧٦٥)

(٤) الشَّهدُ والشُّهد: العَسَل ما دام لم يُعصَر من شمَعِه. لسان العرب (٣ / ٢٣٨).

السلم في الخبز

(ورجّح الأكثرون) من الأئمّة (في الخبز المنعَ) أي: منعَ السلم فيه؛ لتفاوته تفاوتاً فاحشاً بالثخانة والرقّة والنُّضج وجودة الخمير وتأثير النار وقلّة الملح فيه وكثرته، وبه قال الأئمّة الثلاثة[١].

والثاني: الصحّة؛ لأنّ التفاوت فيه ممّا يتسامح به الناسُ، والملح من مصالحه وقد استُهلِك فيه. وهذا هو المختار عند الإمام[٢]؛ لحاجة الناس إليه، وخالف أبو يوسف ومحمّدٌ[٣] أبا حنيفة في ذلك[٤]، وقالا: في منعه تضييقٌ [وتضليلٌ]؛ لإطباق الناس عليه في العصر الأوّل.

(وما يندُر وجودُه كلحم الصيد في موضع العزّة) أي: عدم الوجود أو نُدرته، وذلك إمّا لفقد الصائد أو عدم الصيد (لا يجوزالسلمُ فيه)؛ لإفضائه إلى العجز عن التسليم، وانتفاء الوثوق به، فيكون [غرراً] فيما لا يوثق به (وكذا) لا يجوز السلم (فيما إذا استُقصيت) أي: أُحصيت إلى أن بلغت أقصاها أي: [أعلاها] ونهايتَها (أوصافُه عزّ وجودُه كاللآلئ الكبار) جمع لُؤلُؤ. والمراد بكونها كباراً أن تكون فوق [حمصةٍ] بيضاءَ.

---

(١) من هم هؤلاء الثلاثة؟: فقد منع منه في الخبز أبو حنيفة والشافعي وأجازه مالك وأحمد. ينظر: اختلاف الأئمة العلماء، تأليف: الوزير أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني، تحقيق: يوسف أحمد، الطبعة: الأولى، (١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م) - دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت: (١/ ٤١٢) و جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تأليف الشيخ العلامة شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، من علماء القرن التاسع الهجري تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني - دار الكتب العلمية (١/ ١١٥).

(٢) قال: والأصحّ الجواز. ينظر: نهاية المطلب (٦/ ٤٤).

(٣) أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني صاحب الإمام أبي حنيفة حضر مجلسه سنين ثم تفقه على ابي يوسف وصنف الكتب الكثيرة ونشر علم أبي حنيفة، ولّاه هارون الرشيد القضاء ،كان صديقاً للشافعي وأحد الذين جالسوه فى العلم وأخذوا عنه، مات بالري سنة (١٨٧هـ). ينظر: طبقات الفقهاء للشيرازي (١/ ١٤٢)، والانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء: مالك والشافعي وأبي حنيفة ، للإمام أبي عمر يوسف بن عبد البر القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) - دار الكتب العلمية (١ / ٩٧).

(٤) ينظر: تبين الحقائق للزيلعي. (١٣١٣هـ)- القاهرة.، دار الكتب الإسلامي (٤/ ٩٥).

(واليواقيت) جمع ياقوت، معرَّبٌ، وكذا الكلام في العقيق والزبرجد[١] والمرجان[٢] والفيروزج[٣] إذا كانت كباراً؛ إذ يجب التعرُّض فيها للحجم والشكل والوزن، والصفاء، وكونها مثقوبةً أو لا، وكونها واسع الثقبة أو لا؛ لاختلاف القيمة والغرض بها، واجتماعُها فيها ممَّا يؤدِّي إلى العزَّة.

وأمّا اللآلئُ الصغارُ فيجوز السلم فيها وزناً بلا خلافٍ، وكيلاً مع ما مرَّ فيه من خلاف الإمام[٤].

(وكالجارية مع أختها أو ولدها) وذلك وإن لم يندر وجودهما معاً لكن إذا استُقصيت أوصافُهما فرداً فرداً لا يكاد يتوافق؛ لأنَّ اجتماعهما على الصفات المشروطة فيهما من محال العقل.

***

الخلاف في السلم في الحيوان

(ويجوز السلم في الحيوان)؛ قياساً على قرضه؛ بجامع كونهما في الذمّة[٥].

وفي قولٍ مخرَّجٍ: لا يجوز السلم في الحيوان؛ لتفاوت آحادها تفاوتاً فاحشاً فيؤدِّي إلى الغرر، وقد نهى ﷺ عن السلم في الحيوان[٦].

(و) على المشهور **(لا بدَّ في الرقيق)** عبداً أو جاريةً **(من التعرُّض)** أي: قبول العرض[٧]،

---

(١) الزبرجد:حجر كريم يشبه الزمرد، وهو ذو ألوان كثيرة أشهرها الأخضر المصري والأصفر القبرصي. المعجم الوسيط (١ / ٣٨٨).

(٢) سبق التعريف به في هذا الفصل.

(٣) الفيروزج: حجر كريم غير شفاف معروف بلونه الأزرق كلون السماء أو أميل إلى الخضرة يتحلى به. المعجم الوسيط (٢ / ٧٠٨).

(٤) مرّ ذلك في جواز ذكر الكيل في الموزون في السلم، وينظر: نهاية المطلب (٦/ ٤٩).

(٥) لما رواه مسلم، رقم الحديث (١١٨- ١٦٠٠). ونصّه: «عن أبي رَافِعٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ استَسلَفَ من رَجُلٍ بَكرًا فَقَدِمَت عليه إِبِلٌ من إبِلِ الصَّدَقَةِ فَأَمَرَ أَبَا رَافِعٍ أن يَقضِيَ الرَّجُلَ بَكرَهُ فَرَجَعَ إليه أبو رَافِعٍ فقال لم أَجِد فيها إلا خِيَارًا رَبَاعِيًا فقال أعطِهِ إِيَّاهُ إِنَّ خِيَارَ الناس أَحسَنُهُم قَضَاءً».

(٦) رواه الدارقطنيّ في سننه (٣/ ٧١)، رقم (٢٦٨)، وفي إسناده إسحاق بن إبراهيم بن جوتي، وقد قال الحاكم: أحاديثه موضوعة ثم غفل فأخرج حديثه في المستدرك. ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٥٩).

(٧) من اهتمامات الشارح اللغوية في دقائق الألفاظ، والظاهر هنا أن تفعل للتكلف مثل: تحلّم.

وهو الإظهار والكشف (للنوع: كالتُّركيِّ) وهو ما يكون من بلاد خطاء إلى انتهاء الصين، والختن والشهريين معدودان منهما (والهنديّ) وهو ما يكون من السند[١] والمولتان[٢] والكابل[٣] والزابل[٤] إلى بنطالة[٥].

وإنّما يجب التعرّض؛ لاختلافَ الطبائع الموجِب لاختلاف الأغراض.

قال الكاوس في جامع النصائح[٦]: التركيُّ طيِّبُ النفس كثيرُ الألفة قليلُ الخيانة وافر الوفاء، لكنّه متوانٍ في الأمور الشاقّة، والهنديُّ قويٌّ في الأمور ضابطٌ لما يفوَّضُ إليه إلاّ أنَّه قليلُ الوفاء بعيدُ الألفة خبيثُ النفس وافرُ الأباق.

والروميُّ حسنُ التدبير كثيرُ التملُّق لا يوافق ظاهرُه باطنَه، وانتهازُ فرصة الخيانة فيه كالماليخولياء[٧]، وربَّما يقصد قتلَ السيِّد والذهابَ بالمال. انتهى.

وفي اختلاف صنف النوع تفاوتٌ فاحشٌ لابدَّ من ذكره: كالخطائيّ من الترك، والشهريِّ والخُتن والسنديِّ من الهنديّ والبنطاليِّ.

---

(١) السند: بلاد كبيرة فيما بين ديار فارس وديار الهند، وهي مما يلي الإسلام ثم الهند، ولغتهم غير لغة الهند. الروض المعطار في خبر الأقطار، لمحمد بن عبد المنعم الحِميري، تحقيق: إحسان عباس، ط. الثانية – (١٩٨٠ م): مؤسسة ناصر – بيروت: (١ / ٣٢٧).

(٢) ملتان: من مدن حوض نهر السند الشمالي، قرب مدينة (لاهور). كانت إحدى عواصم الإسلام في ذلك الإقليم. وتقع اليوم في شمالي دولة باكستان. تعريف بالأعلام الواردة في البداية والنهاية لابن كثير – : موقع الإسلام: ٣٢٨ / ٢ (http://www.al-islam.com).

(٣) كابل: مدينة مشهورة بأرض الهند، ينسب إليها الخليج الكابلي. وفي جبالها عقاقر هندية وكانت من ثغور المسلمين في وجوه الهند وقد حصلت مع السند في إيالة التتر. ينظر: الجغرافيا – (١/ ٣٠)، وآثار البلاد وأخبار العباد للقزويني (١/ ٩٦).

(٤) كورة واسعة قائمة برأسها جنوبي بلخ وطخارستان. معجم البلدان (٣/ ١٢٥).

(٥) الّذي في النسخ: " بنطالة "، وفي المصادر: " بنجالة " وضبطها بفتح الباء الموحدة وسكون النون وجيم= معقود وألف ولام مفتوح "، وهي بلاد متسعة كثيرة الأرز. ينظر: رحلة ابن بطوطة المسماة تحفة النظار في غرائب الأمصار وعجائب الأسفار (١ / ٣٠٦).

(٦) لم أحصل على معلومات لا عن المؤلف ولا عن الكتاب، والمعلومات التي نقلها عنه ليس لها حقيقة علمية.

(٧) الّذي في كتب الطب: الماليخوليا، بالقصر، وهو مرض نفسيّ، من أعراضه: الكآبة والحزن والخوف والضجر وبغض الناس وحب الخلوة والضجر بنفسه وبالناس. ينظر: الحاوي في الطب، تأليف: أبي بكر محمد بن زكريا الرازي: (١ / ٦٢).

(واللونِ كالسواد والبياض)؛ لظهور التفاوت الفاحش بين السواد والبياض.

(ويصفُ البياضَ بالسمرة والشقرة): قال في الصحاح: السُّمرة: ما غلب سوادُه على بياضِه، والشقرةُ: ما غلب بياضُه على سواده[١].

والصحيحُ عند الأطبّاء وأصحاب القيافة[٢] أنَّ النظرَ في الشقرة والسمرة إلى الشعر: فكلُّ بياضٍ بلغ الحمرة فيه إلى أن احمرَّ بها الشعرُ ووافق لونُ شعره لونَ البشرة فهو شقرةٌ، وما لم يتغيَّر بها لونُ الشعر بل الشعرُ أسودُ فهو سمرةٌ، وإن كان في غاية البياض والحمرة، والكلف على الوجه[٣] وتحرُّكُ الحدق من علامات الشقرة.

وتختلف أصناف الأسمر والأشقر فلا بدَّ من التعرُّض لها، وكذا أصنافُ الأسود من الحالك وغيره[٤].

(والذكورة والأنوثة) وذلك ظاهرٌ، **(والسنِّ)** بأن يذكر أنّه يافع[٥] أو مترعرعٌ[٦] أو بالغٌ أو مُحقلٌ[٧] أو ابنُ سبعٍ أو ستٍّ ونحو ذلك.

(والأمرُ فيه) أي: في السنِّ؛ بدليل تأخُّره عن الذكورة والأُنوثة **(على التقريب)** دونَ التحديد بمعنى أنّه لا يجوز أن يشترط أنّه لا يزيد سنُّه على المشروط ولا ينقص؛ إذ ذاك ممّا لا يقع إلاّ نادراً.

---

(١) لم أجد في الصحاح للجوهري ذلك النص.

(٢) القيافة: علم اختصت به العرب من بين سائر الأمم، وهو: إصابة الفراسة في معرفة الأشياء في الأولاد والقرابات ومعرفة الآثار، وهي في كنانة أكثر منها في غيرها، وبنو مدلج القافة منهم. ثمار القلوب في المضاف والمنسوب، لأبي منصور عبدالملك بن محمد بن إسماعيل الثعالبي (ت:٤٣٠هـ)، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، ط الأولى، (١٩٦٥): دار المعارف - القاهرة : (١/ ١٢٠).

(٣) الكَلَفُ مُحَرَّكَةً: شَيءٌ يَعلو الوَجهَ كالسِّمسِم. تاج العروس من جواهر القاموس (٢٤ / ٣٣٠).

(٤) الحُلكة و الحَلَك: شدة السواد كلون الغراب، وقد حلك، ويقال للأسود الشديد السواد: حالك. لسان العرب (١٠/ ٤١٥).

(٥) أيفع الغلام فهو يافع: إذا شارف الاحتلام ولما يحتلم، وهو من نوادر الأبنية. النهاية (٥/ ٢٩٨).

(٦) صبي مترعرع: إذا كان يجاوز عشر سنين، أو قد جاوزها. المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٣٣٤).

(٧) أحقَلَ الرجُلُ في الركوب: إذا لَزِم ظَهرَ الراحِلَة. تاج العروس (٢٨/ ٣١٦).

وعمّم النوويُّ التقريبَ في جميع الأوصاف؛ إذ الإصابة بالمشروط على ما هو عسيرٌ جدّاً[١]، وهو كما قال[٢].

وخصّ المصنِّفُ السنَّ بالذِّكرِ؛ لما فيه من الخلاف؛ لإمكان الاطِّلاع عليه بالإشهاد [وكتابة] التاريخ.

(**والقدِّ طولاً وقصراً**)؛ لاختلاف الأغراض بها في مؤنة الثياب وتفاوت الطبع، حتّى يُقال: طوالُ النساء وشيكة الشبع بعيدةُ الخيانة قريبةُ الخداع، وقصارُها بعيدُ الشبع قريبةُ الخيانة بعيدةُ الخداع.

وكذا يتعرّض لغلظ القدِّ ودقَّته، وكونِ العبد أقلفَ أو مختوناً، وكونِ الجاريةِ بكراً أو ثيِّباً.

(**والأظهرُ من الوجهين أنّه لا يجبُ التعرُّضُ للكَحل**) بفتح الكاف والحاء [المهملة]، وهو: سوادُ الأهداب والحاجبين خلقةً (**وتكلثُم الوجهِ**)[٣] أي: استدارتِه مع كثرة اللحم (**والسمن وغيرِها**) كفلَج الأسنان ودعج العين، وهو: السوادُ مع السعة، [أو] كونِه أشهلَ أو شهلاءَ، وهي طولٌ في العين مع الضرب إلى السواد والحُمرة؛ لأنَّ الناسَ يتسامحون بإهمال ذكرها.

والثاني: يجب التعرُّضُ لها؛ لاختلاف الأغراض بها، ولا يؤدِّي [ذِكرُها] إلى عزَّة الوجود.

قال ابن الملقِّن: وهذا قويٌّ[٤].

فائدةٌ: اعلم أنّ تكلثُم الوجه إذا اجتمع مع الدعج[٥] وحسن الصوت فيكون من أجلى علامات الحماقة، وإن كان يُرى حسَناً في الظاهر.

---

(١) في قوله: فرع: ينزل الوصف في كل شيء على أقل درجاته، فاذا أتى بما يقع على إسم الوصف المشروط كفى ووجب قبوله؛ لان الرتب لا نهاية لها. الروضة (٤/ ٢٩)، والأصول والضوابط (١/ ٣٥).

(٢) تأييد من الشارح لقول الإمام النووي، يدلّ على مقارنته بين الوجوه في المذهب.

(٣) وجه مُكَلثَمٌ: مُستدير كثير اللحم وفيه كالجوز من اللحم، وقيل: هو المُتقارب الجَعدُ المُدَوَّر، وقيل: هو نحو الجَهم غير أنه أَضيق منه وأَملَح، والمصدر: الكَلثَمة. لسان العرب (١٢ / ٥٢٥).

(٤) عجالة المحتاج (٢/ ٧٤٨)، وهذا من ترجيحات الشارح استناداً على ما ذهب إليه غيره.

(٥) الدعَج و الدعجة: السواد، وقيل: شدة السواد، وقيل الدعج: شدة سواد العين وشدة بياض بياضها، وقيل: شدة سوادها مع سعتها. لسان العرب (٢/ ٢٧١) مادّة: (دعج).

[وشدّة] سواد العين وخفشُها[١] وكونُها غائرةً علامةُ الخيانةِ وخبث الباطن، انتهى[٢].

وفي ذِكرِ الملاحة وجهان: الأصحُّ عدمُ الاشتراط.

(ويتعرّض في الإبل للذكورة والأنوثة والسنّ واللون والنوع)؛ لاختلاف الأغراض بها غرضاً بيّناً: فيذكر في اللون كونَه أحمر، أو أعفرَ، أو خالط حمرتُه السوادَ أو البياضَ، وفي النوعِ أنّه بخاتيٌّ أو [عرابيٌّ]، ومثّل الجلاليُّ النوعَ بالنتاج: بأن يذكُرَ أنّه من نتاج بني تميمٍ، أو بني بكرٍ مثلاً. فلو اختلف نتاجُهم وجب التعيينُ[٣].

وتعيين النوع يكون بالإضافة إلى البلدان والأقاليم: كإبِلِ الحجاز والعراق وبغداد وتبريز.

(وفي الخيل والبغال والحمير كذلك): فيذكر [في] لون الخيل كونَها من الأدهم[٤]، أو الأشهب، أو الكميت[٥]، أو الأبرش[٦]، أو الأبيض، أو الأبلق[٧]، وكونَها محجَّلةً[٨] مرثومةً[٩] طلقَ اليمين[١٠]، وغيرَها، وفي نوعها من التركيِّ والعربيِّ والبراذين[١١]، وكونَها من نتاج بني فلانٍ.

---

(١) الخفش: ضعف في البصر وضيق في العين، وقيل صغر في العين خلقةً، وقيل: هو فساد في جفن العين واحمرار تضيق له العيون من غير وجع ولا قرح. لسان العرب (٦/ ٢٩٨) مادّة: (خفش).

(٢) من المطالب الّتي يذكرها المصنّف بدون ذكر مصادرها وبدون تعليق عليها وفي صحّتها ريب.

(٣) شرح المحلّيّ مع حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣١٤). وقيّده المحلّيّ بقوله: " في الأظهر ".

(٤) الدهمة: السواد، و الأدهم: الأسود يكون في الخيل والإبل وغيرهما. لسان العرب (١٢/ ٢٠٩).

(٥) الكميت: الفرس الشديد الحمرة، ولا يقال: "كميت" حتى يكون عرفه وذنبه أسودين. كفاية المتحفظ ، لأبي إسحاق إبراهيم بن إسماعيل بن أحمد الطرابلسي توفي في القرن الخامس الهجري، تحقيق: السائح علي حسين - دار اقرأ للطباعة والنشر والترجمة - طرابلس - ليبيا: (١/ ١٠٨).

(٦) البَرَش محركة: والبُرشة بالضم في شعر الفرس: نكت صغار تخالف سائر لونه. التاج (١٧/ ٧١).

(٧) البلقة:- مصدر الأبلق- ارتفاع التحجيل إلى الفخذين. تاج العروس (٢٥/ ٩٤).

(٨) والتَّحجِيلُ: بَياضٌ يكونُ في قَوائمِ الفَرَسِ كُلِّها. تاج العروس (١/ ٦٩٦٨).

(٩) الرَّثَمُ محرَّكةً...... بياضٌ في طَرَفِ أنفِ الفَرَسِ أو كُلُّ بياضٍ أصابَ الجَحفَلَةَ العُليَا فَبَلَغَ المَرسِنَ أو بياضٌ في الأنفِ. القاموس (١/ ١٤٣٥)

(١٠) والإطلاقُ في القائِمة: أن لا يكون فيها وَضَحٌ. وقومٌ يجعَلون الإطلاقَ: أن يكون يدٌ ورِجلٌ في شِقّ مُحجّلَتَين، ويجعَلون الإمساكَ أن يكونَ يدٌ ورِجل ليس بهما تحجِيلٌ. وبَعيرٌ طَلقُ اليَدين: غيرُ مُقيّد. تاج العروس (٢٦/ ١٠٣).

(١١) البراذين: جمع البِرذَون، وهو من الخيل: الّذي أبواه غير عربيين. ينظر: المطلع (١/ ٢١٧).

وفي البغال والحمير كونَها مصريَّةً، أو عراقيّةً، أو غيرَ ذلك، ولا يشترط التعرُّض لسرعة السير والبُطءِ.

(وفي الطيور النوعَ) من الدجاج والكركيِّ والإوزِّ والحبارى.

ويتعرَّض لأصناف النوع: كالحجلة[1] من نوع القبج[2]، واللاريَّة من نوع الدجاجة، والقراقر[3] من نوع الكركيِّ، وغير ذلك؛ لاختلاف الأغراض بها.

(والصِغرَ والكِبرَ جُثَّةً) بأن يذكر في البازي: أكبر، أو أصغر، وكذا في الصقر والشاهين وسائر الطيور.

وأمّا التعرُّض للسنِّ والذكورة والأنوثة: فيجب فيما يمكن الاطّلاعُ عليه: كالديكة والدجاج، واليعقوب والقبجة في الذكورة والأنوثة.

ويجوز تعيينُ السنة الأولى في البازيِ؛ لإمكان الاطّلاع عليه، فقولُه: " جُثَّةً " أي: فيما بيّن [ذكورتُه]وأنوثتُه وسنُّه فيما أمكن، وإن ذكَرَه لجواز الاقتصار عليه ففيه نظرٌ[4].

(ويذكر في اللحم أنّه لحمُ بقرٍ أو غنمٍ) الغَنَم: صغارُ النعَم، يشمل جميعَ الأنواع والأصناف منها، (ضأنٍ أو معزٍ) من نوعي الغنم، ويذكر أصناف النوع: كالجاموس من البقر، والمرغز من الغنم، (ذكرٍ أو أُنثى)؛ لاختلاف الطعوم والطبائع والضرِّ والنفع فيها:

فلحمُ البقر باردٌ يابسٌ ثقيلٌ رديءٌ يُهيج العلل السوداويَّةَ، وسمينُه أقلُّ ضرراً،

---

(١) وَالحَجَلِ بِالفَتحِ جَمعُ حَجَلَةٍ، وَهِيَ طَائِرٌ على قَدرِ الحَمَامِ كَالقَطَا أَحمَرُ المِنقَارِ وَالرِّجلَينِ، وَيُسَمَّى دَجَاجَ البَرِّ. أسنى المطالب (١/ ٥٦٥)

(٢) الذي يؤخذ من كثير من المعاجم أنّ الحجل والقبج والكروان مترادفات، تطلق على الذكر والأنثى، ويَعقُوبٌ يختصّ بالذَّكر، لأنّ الهاءَ إنّما دخلته على أنّه الواحدُ من الجِنس. ينظر: لسان العرب: (٢/ ٣٥١)، وتاج العروس من جواهر القاموس (٦/ ١٦٨). والذي في طلبة الطلبة (١/ ٤٧٥) أنَّ الحَجَلَةَ الأُنثَى مِن هَذَا الجِنسِ وَاليَعقُوبَ الذَّكَرُ مِنهُ، وهذا أيضا بعيد أن يكون مراد الشارح، حيث قابلها باللارية والدجاج والقراقر والكركيّ، وسيأتي منه مقابلة اليعقوب والقبجة.

(٣) لم أجد في المعاجم مناسبة بين الكركيّ والقراقر، حيث إنّه إمّا عامّ في حسن الصوت، أو نوع من الحدأة، فالقراقر من الحدأة: الحسن الصوت. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٢٩).

(٤) حيث يجب التعرُّض للسنِّ والذكورة والأنوثة أيضاً.

ويُدفع ضررُه بأن يُطبَخ بالثوم والفلفل والزنجبيل.

ولحمُ المعز باردٌ رَطبٌ يشُدُّ البدن ويُنبِت اللحمَ، ويصلح أكلُه في الصيف، ولحمُ الضأن أجودُ اللحوم، وأجودُه الكبشُ الحَوليُّ[1]، وهو حارٌّ رطبٌ، يُنبت اللحم الجيِّدَ في البدن، وأكلُه في الشتاء للشبّان أصلحُ، ولحمُ الجاموس أردأُ من البقر، والأُنثى من الكلِّ أطيبُ إلاّ في الكبشِ الحوليِّ.

(**خصيٍّ أو غيره**)؛ لكثرة تفاوت لحمِ الخصيِّ والفحل؛ فإنَّ فحلَ المعز إذا حال عليه الحولُ صار أردأَ وأخبثَ من كلِّ لحمٍ، ولحمُ الخصيِّ منه جيِّدٌ إلى ثلث سنين ويردأُ بعدها، وفحلُ الضأنِ قبل الحول أجودُ اللحوم، وبعده إلى خمس سنين، ثُمَّ يصير رديئاً.

(**رضيعٍ أو فطيمٍ**)؛ فإنَّ لحم الرضيع ألطفُ، ولحم الفطيم أعونُ على زيادة القوى البدنيَّة (**من راعيةٍ**) ترعى بنفسه في الصحارى (**أو معلوفةٍ**) بعلفٍ يؤثِّر في السمَن؛ فإنَّ الراعية ترعى أنواع النبات فيطيب لحمها ويزول عنه الضرر، حتى قيل: كلُّ راعية أكلت الهندباء قبل طلوع الشمس قطَع أكلُ لحمِها عِرقَ الجذام والبَرَص، وإنَّ المعلوفةَ لحمُها يُقوِّي البدنَ؛ لأنَّه أدسمُ وأغلظُ، (**من الفخذ، أو الكتف، او الجنب**)؛ لاختلاف طعمها، وسهولةِ أكلها؛ فإنَّ كلَّ لحمٍ قرب من مجرى الماء والعلف فهو أطيبُ ممّا بعُد منه، وكلُّ ما يتحرَّك في تردُّدِه أطيبُ ممّا لا يتحرَّكُ.

(**ويُقبل ما فيه**) أي: في اللحم (**من العظم على العادة**)؛ إذ في الأمر بنزعه منه مما يؤدّي إلى تفويت بعض المنفعة وتضييع المال، ومعنى العادة: أن لا ينقُص لحمُ الفخذ إذا أُسلِم فيه، وكذا لحمُ الجنب والكتف وغيرها، فإن نقص فلا بُدَّ أن ينقص من العظم مثلُه، وإلاّ لم يصحَّ السلم؛ للغبن على المُسلِم.

هذا الّذي ذُكر في جواز السلم في اللحم مذهبُ الجمهور[2]، وأمّا ما ذهب إليه المزنيُّ عدمُ الجواز إلاّ إذا شُرط كونُه بلا عظم من موضع معيَّن بصفات معلومة فإنّه يجوز

---

(١) الحولي: كل ما أتى عليه حول من كل ذي حافر وغيره، يقال: مهر حَوليّ ونبت حَوليّ، (ج): حَواليٌّ وحَواليَّة. المعجم الوسيط (١/ ٢٠٩).

(٢) إذا أطلق السلم في اللحم. ينظر: العزيز (٩/ ٢٩٧)، و المجموع (١٣/ ١١٣)والروضة (٤/ ٢١).

بالـوزن، ولا يجـوز فيـها فيـه عظـمٌ؛ لأنّـه يتفـاوت [بكـبر العظـم] وصغـره تفاوتـا فاحشـاً[1].

ولا فـرقَ عنـد الجمهـور جـوازاً والمـزنيّ منعـاً وجـوازاً بـين أن يكـون اللحـم قديـداً أو طريّـاً[2]، مملّحـاً أو غـير مملّـحٍ.

ولو شُرط نزعُ العظم منه صحَّ بلا خلافٍ، لكن لو قُبل مع العظم جاز[3].

(و[في السـلم] في الثيـاب يبـيِّنُ الجنسَ): مـن القطـن والإبريسـم والكتّـان، وفي الكبـير: والنـوع[4].

ويذكـر البلـدَ المنسـوجَ فيـه إن اختلـف بـه الغـرض، ولعـلَّ المصنِّـفَ اكتفـى بذكـر الصفات عـن ذكـر النـوع؛ إذ ذكرُها مقـوِّمٌ للنـوع[5].

(و) يذكُرُ **(الطولَ)** بالذراع، أو الشبر، أو الباع **(والعرضَ)** كذلك.

وذكرُ عددِ السَّدى[6] لا يغني عن ذكر العرض؛ إذ قد يختلف بإدخاله في المحياك.

(والغِلَـظَ والدقَّـةَ) وذلـك مـن صفـات غزلهـا، فيذكـر كـون الغـزل غليظـاً أو دقيقـاً **(والصفاقةَ والرقَّةَ)** وهمـا مـن صفـات المنسـوج: **الصفاقة**: تراخـي اللُحمـة[7] والسَّـدى في النسـج بحيـثُ لا يُـرى فيهـا [نافـذٌ]، كالطـواق البعلبكّيّـة[8].

والرِقَّةُ: تهلهُلُ النسيج بحيثُ يُرى فيهما منافذُ[9].

---

(١) ويؤخذ ذلك من قوله في المختصر: ويسلف في لحم الطير بصفة ووزن، ومن قوله: ولو كان لحم طائر لم يكن عليه أن يأخذ في الوزن الرأس والرجلين من دون الفخذين لأنه لا لحم عليها. ينظر: المختصر، ط. دار المعرفة: (١/ ٩٢-٩٣).

(٢) القديد: اللحم المَملُوحُ المُجَفَّف في الشمس فَعِيل بمعنى مفعول. لسان العرب: (٣/ ٣٤٣). ويقابله الطريّ.

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٢١).

(٤) العزيز، ط. دار المعرفة (٩/ ٣١٢).

(٥) الفصل المقوّم، والفصل المقسّم، والجنس والنوع من إصطلاحات المنطق. ينظر لبيانها: حاشية عبد الله اليزدي على تهذيب المنطق لسعد التفتازاني، طبع سنة (١٢٦٣هـ.ش)- تبريز: (ص٥١).

(٦) السَّدَى وزان الحصى من الثوب: خلاف اللحمة، وهو ما يمدّ طولاً في النسج، و(السَّدَاةُ) أخصّ منه، والتثنية: (سَدَيَانِ)، و الجمع (أَسدَاءٌ). المصباح المنير (١/ ٢٧١).

(٧) لَحمَةُ الثوب بالفتح: ما ينسج عرضاً، والضم لغة، و قال الكسائي: بالفتح لا غير. المصباح المنير (٢/ ٥٥١).

(٨) لم أجدها في المعاجم، ويبدو أنّها نوع من المنسوج.

(٩) والرِّقُّ: ضِدُّ الغَلِيظِ والثَّخِين كالرَّقِيق وقد رَقَّ يَرِقُّ رِقَّةً ، فهو رَقِيق. تاج العروس (٢٥/ ٣٥٣).

(والنعومةَ والخشونةَ) وهذا بالنسبة إلى ما يُغزَل منه من قطنٍ أو [صوفٍ] أوكبةِ[1] حريرٍ؛ فإنّها تختلف نعومةً وخشونةً: فإنَّ قطن شهرزور أخشنُ قطن الأرض، وقطنُ إصفهان أنعمُها، وحريرُ جيل وجُرجان[2] أنعمُ الحرير، وحريرُ بغداد أخشنُها، ويقاس به الصوف والوبر، وكم من فرقٍ بين لبدِ خراسان ولبدِ ما سواها، وتقييدُ الخشونة والنعومة بالقطن فقط من بعض الظنّ.

(والمطلقُ) من كلِّ جنسٍ بأن يذكر أنّه من الإبريسم، أو القطن، أو الكتّان على صفةٍ كذا، ولم يذكر كونَه مقصوراً أو مصبوغاً **(محمولٌ على الخامِ)** أي: الباقي على[ما] نُسج بلا قِصارةٍ[3] ولا صباغةٍ؛ لأنَّ كونَ الثوب مقصوراً أو مصبوغاً صفةٌ زائدةٌ على الأصل، ومن زعم- أنّ الإطلاق يراد به إطلاقُ كونه ثوباً، وأراد بالخام المتَّخذَ من القطن، وقال: لأنَّ ذلك [أدنى ما] يطلق عليه الثياب- فقد خبِط خبطَ الضرير، وأنِف أنوفَ[4] الحمير[5].

(ويجوز السلمُ في المقصورِ) سواءٌ قُصر بالأشنان[6] والملح والرماد، أوالصابون، أو الرجيع[7] الربيعيّ، ولا خلاف فيه؛ إذ لا مانع من الضبط. **(والمصبوغِ)** أيَّ صبغٍ كان: أحمرَ، أو أصفرَ، أو أسودَ، أو أخضرَ، أو أزرقَ.

---

(١) الكُبّة من الغزل: ما جمع منه على شكل كرة أو أسطوانة. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٧٢).

(٢) منطقة في شمال ايران منه عبد القاهر الجرجاني.

(٣) القَصّارُ والمُقَصِّر كشَدّادٍ ومُحَدِّث: مُحَوِّرُ الثِّياب ومُبَيِّضُها..،وحِرفَتُه القِصارَة بالكَسر على القِيَاس. تاج العروس: (١/ ٣٤٠٤).

(٤) أَنِفَ مِنَ الشَّيءِ يأنَفُ أَنَفاً إِذَا كَرِهَهُ وشَرُفَت عَنهُ نفسُه. لسان العرب (٩/ ١٥)

(٥) لم أجد الزاعم، ولعلّه أحد المدّعين للعلم الفاقدين له في عصر الشارح، فأغضب الشارح فكتب ما لا يليق بحلمه وعلمه.

(٦) الأشنان: شجر من الفصيلة الرمرامية ينبت في الأرض الرملية يستعمل هو أو رماده في غسل الثياب و الأيدي. (مج). المعجم الوسيط (١/ ١٩).

(٧) الرجيع يطلق على الروث للبهائم وعلى العَذِرة للإنسان جميعاً، ينظر: غريب الحديث، تأليف : أبي عبيد القاسم بن سلام الهروي (ت:٢١٣هـ)، تحقيق : د. محمد عبد المعيد خان، الطبعة الأولى، (١٣٩٦هـ)، – دار الكتاب العربي – بيروت: (١ / ٢٧٤).

(وفيما صُبِغ غزلُه) بدلٌ من المصبوغ بدلَ بعضٍ بتقدير إعادة الجارِّ **(قبلَ النسجِ)**؛ لأنَّ الصبغ والحالة هذه لا يسدُّ منافذَ الثوبِ ولا يستر نعومته وخشونته، فيذكر الصبغَ ولونَه، وأنَّه صُبغ في الصيف، أو في الشتاء.

(وذلك) المصبوغُ قبل النسجَ **(كالبُرودِ)**، وليس القيدُ بالبرود لبيان الجواز بل على الغالب؛ إذ لو صُبغ السَّدى واللُّحمةُ قبل النسج، ونُسج على لونٍ واحدٍ كان كالبرود في الجواز.

(والأقيَسُ من الوجهين تجويزُه) أي: تجويزُ السلم **(في المصبوغ بعد النسج)**؛ لإطباق الناس عليه من العصر الأوَّل إلى يومِنا هذا، وقاسوا جوازَه على ما قبله، ولذا عبّر عنه بالأقيس.

والثاني: المنعُ، واختاره النوويُّ وأعزاه على الجمهور[1]، **وعلّلوه بشيئين:**

أحدُهما: أن الصبغَ عينٌ برأسه، وهو مجهولُ القدر، والغرض يختلف باختلاف قدره.

والثاني: أنَّ الصبغَ يمنعُ معرفة كون الثوب ناعماً أو خشناً.

قال المصنِف في الكبير بعد ذكر التعليلين: لو صحّ التوجيهان لما جاز السلم في المصبوغ قبل النسج أيضاً، ولما جاز في الغزل المصبوغ[2].

وأجاب النوويُّ بالفرق: بأنَّ الصبغَ بعد النسج يسُدُّ منافذَ الثوب فلا يُدرى صفاقتُه وتهلهُلُه، بخلاف ما قبله[3].

ولم يتعرَّض المصنِّفُ لبيان المخيط، وإطلاقُه يقتضي الجوازَ، وقد صرَّح به الصيمريُّ وقال: يجوز السلم في القميص والسراويل إذا ضُبطت طولاً وعرضاً وسعةً وضيقاً[4].

---

(١) قال بعد قول الرافعي: وَالأَقيَسُ صِحَّتُهُ فِي المَصبُوغِ بَعدَهُ. قُلتُ: الأَصَحُّ مَنعُهُ وَبِهِ قَطَعَ الجُمهُورُ، وَاللَّهُ أَعلَمُ. المنهاج للنووي (١/ ١٦٥). والأولى: وعزاه إلى الجمهور.

(٢) العزيز، طبع دار المعرفة بهامش المجموع (٩ / ٣١٤).

(٣) لم أجد إجابته هذه في المجموع والروضة والمنهاج ودقائقه.

(٤) لم أحصل على مؤلفاته، وينظر: العزيز طبع دار المعرفة (٩ / ٣١٤) حيث فيه: وعن الصيمري تجويز السلم في القميص والسراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضاً وضيقاً وسعة.

(**وفي التمر يُبيِّنُ اللونَ**) من الحمرةِ والصفرةِ والسوادِ وبينَ بينَ (**والنوعَ**) كالعجوةِ والصرفانِ وأُذنة الغارِ والمعقليِّ والبرنيِّ (**والبلدَ**) كبصرةَ وبغدادَ والمدينةِ ويمامةَ؛ لكثرةِ التفاوت واختلافِ الأغراض بها؛ فإنَّ العجوةَ أجودُ الأنواع، ثُمَّ البرنيُّ، ثُمَّ المعقليُّ، ثُمَّ الصرفانيُّ، ثُمَّ أذنةُ الغار، [ولا يتقاعد] عنها [إلاّ التمرُ الذكر].

(**ويُبيِّنُ صِغَرَ الحبّاتِ وكِبَرَها**)؛ لأنَّ [كبيرَ] الحبّات قليلُ اللحم، وصغير الحبّات كثيرُ اللحم، وكفى بهذا تفاوتاً، (**وكونَه**) أي: كونَ التمر (**حديثاً**) أي: تمرَ سنةٍ (**أو عتيقاً**) أي: تمرَ سنتين أو أكثرَ؛ فإنَّ العتيقَ ينشف رطوبتُه ويذهب قوّته، ويقلُّ لذّتُه، بخلاف الحديث.

ولا يشترط تقديرُ المدَّة في الحديث والعتيق، لكن لو قدِّرت اتُّبع الشرط.

ويبيِّن في الرطب ما يبيِّن في التمر إلاّ العتيق والحديث، هكذا قيل، ويمكن أن يقال: الحديثُ ما قرب زمانُ قطفه كيومٍ ويومين، والعتيق ما بعُدَ كثلثة أيّامٍ فأكثر؛ إذ يبقى الرطَب رطبا بعد القطف إلى ستّة أيّامٍ فأكثر.

(**والحنطةُ وسائر الحبوبات كالتمر**) يبيِّن اللونَ والنوعَ وصغرَ الحبّة وكبرَها وكونها حديثةً أو عتيقةً، ويُزاد في الحنطة كونُها ربيعيّةً أو خريفيّةً،مسقيَّةً بماء السماء أو الأنهار؛ فإنَّها تختلف بها اختلافاً بيِّناً.

(**وفي العسل يُبيِّنُ أنّه**) أي: العسلَ (**جبَليٌّ أوبلَديٌّ**) المراد بالجبليِّ ما اعتاد أربابُ النحل الذهابَ بها في الربيع إلى الجبل ويتزاورونها كلَّ أسبوعٍ لمصالحها، فهو أطيبُ [وأحرُّ] وأحلى من البلديِّ، والوحشيُّ داخلٌ في الجبليِّ دون عسل المشاش[1]، فإنّه يجب النصُّ عليه، (**صيفيٌّ أو خريفيٌّ**) لأنَّ الصيفيَّ أرقّ وأقلُّ حرارةً، والخريفيّ أغلظُ وأكثرُ حرارةً، (**أبيضُ أو أصفرُ**)؛ لأنَّ الغالب في الأبيض أن يكون من الفرخ، وعسلُ الفرخ أكثرُ نفعاً، حتّى قيل: عسلُ الفرخ سيّدُ الأدوية، والأصفرُ أكثر لدغاً،

---

(١) والمُشَاش كغُرَابٍ، بالكردية: هەنگوینی شەمە تلێتکە .

أي: يأخذه طعمه للـلاذة[١]، والعظلم[٢]، لكلّ خاصية ينفرد به[٣].

(ولا حاجة إلى ذكر الحديث والعتيق)؛ لقلّة التفاوت وحصول الغرض بهما، هكذا قيل، [والحقُّ]أنَّ اختلاف الغرض في الحديث والعتيق أكثر ممّا يكون بين الأبيض والأصفر[٤]؛ لأنّ العتيق أقلُّ لدغاً من الحديث وأقلُّ حرارةً من كلِّ نوعٍ، وإذا حال عليه حولان اضمحلّ رغوتُه إلاّ نادراً، ويقدر الإنسانُ على أكله أكثر ما يقدر في سائر الأنواع.

(ولا يصحُّ السلمُ في المطبوخ والمشويّ) من اللحم وغيره، وقد مرّ تفسيرُهما[٥]؛ لأنّه يتعذّر ضبطُ تأثير النار [فيهما]، وهو من الصفات اللازمة، فانتفى فيه شرطُ السلم، وهو: ضبطُ الأوصاف.

(ولا عبرة بتأثير الشمس) في إذابة ما يذوب بالشمس كالدهن والعسل، حتّى لو أذيب العسلُ بالشمس وأُخذ منه رغوتُه جاز السلمُ فيه؛ لضعف التأثير وقلّة الاختلاف، وكذا الكلام في السمن.

وفيما إذا صفّي العسلُ ومُيِّز الدهنُ بالنار فهل يجوز السلم فيهما وفي الدبس والفانيذ[٦] واللبأ المعقود بالعرض على النار[٧]؟ فيه وجهان، وأطلقهما المصنّف بلا ترجيحٍ[٨].

وصحّح النوويّ في تصحيح التنبيه الجواز؛ لأنّ التأثير فيها مضبوط[٩]. ولعلَّ ذلك؛

---

(١) في (د): "اكثر الدغاء لا طعمه الملاذة"، وفي (ا) و (ج): "أكثر لدغاً، أي ياخذ طعمه للـلاذة"، وفي (ب): "أكثر لدغاً اي ياخذه طعمه للـلاذة"، وفي (ش): "أكثر لدغاً، أي يأخذ طعمه الملاذة"، وكلّها سهو ظاهر. ولم أهتد إلى صحيح العبارة.

(٢) العِظْلِمُ كزِبرِجٍ: سبق بيانه في فصل في بيان بيع الأصول والفروع.

(٣) في (ب) و (د): "يتفرّد"، ومن أي التفسيرية إلى هنا في العبارة ركاكة لعلها حصلت من سهو أو سقط من النساخ.

(٤) وَالجِدَّةُ في الطَّعَامِ وَالثَّمَرِ مِمَّا لَا يُستَغنَى عن شَرطِهِ، لِأَنَّهُ قد يَكُونُ جَيِّدًا عَتِيقًا نَاقِصًا بِالقِدَمِ. الأم (٣/ ٩٦).

(٥) في فصل الربا من كتاب البيع من الوضوح، وأنّ المطبوخ: ما يقلى بالماء، والمشوي: ما يصطلى بالنار.

(٦) سبق بيان الفانيذ في بيع الأصول والثمار.

(٧) اللِبَأ: مهموز، وزان عِنب: أوّل اللبن عند الولادة، وقال أبو زيد: و أكثر ما يكون ثلاث حلبات، وأقلُّه حلبة. المصباح المنير (٢/ ٥٤٨). ومن طبيعة اللبإ أنّه ينعقد بالحرارة والعرض على النار.

(٨) العزيز طبع دار المعرفة (٩/ ٣٠٢).

(٩) تصحيح التنبيه للنووي (ت٦٧٦هـ)، تحقيق: الدكتور محمد عقلة ،ط الأولى (١٤١٧هـ-١٩٩٦م)، مؤسسة الرسالة- بيروت: (١/ ٣٠٧).

لعموم البلوى فأفتوا فيها على خلاف القياس لذلك، وإلاّ فلا نسلّم ضبطَ التأثير.

(وأظهر الوجهين منعُ السلم في رؤوس الحيوانات) وإن عُرِّيت عن الصوف بالماء الحارِّ، وكذا الأكارع[١]؛ أمّا بالعدِّ فظاهرٌ.

وأمّا بالوزن فلاختلافها في غلظ الجلد، وقلّة اللحم وكثرته، وتفاوت العظام فيها، وهذا ما اختاره الجمهور[٢].

والثاني: الجواز فيما نُقِّي من الصوف؛ لإطباق الناس عليه، وإهمالهم ذكرَ ذلك فيها، بل اكتفَوا بالعدّ في الكبار، والوزن في الصغار، واختاره الغزاليُّ؛ صوناً للناس عن اقتراف الحرام[٣].

(ولا يجوز) السلمُ (في البِرام المعمولةِ) جمع بُرمة، وهي قِدرٌ يُتّخذ من أحجارٍ بيامةَ وغيرِها، وأراد هنا جميعَ القدور المتّخذةِ من أجزاء الأرض[٤]؛ لاختلاف العمل فيها، وتفاوتها غلظةً ودقّةً.

واحترز بها عن غير المعمولة من المخروط[٥] قبل التقوير[٦]، فإنّه يجوز فيها بالوزن.

(ولا في الجلود) مدبوغةً [أو غيرَ مدبوغةٍ]؛ لتعذُّر الضبط بسبب اختلاف أجزائها غلظةً ودقّةً، وتفاوت خرقها وشقّها عند السلخ، هذا إذا كانت على هيأتها، أمّا إذا

---

(١) الكراع -وزان غراب -: من الغنم و البقر بمنزلة الوظيف من الفرس، وهو: مستدقّ الساعد، والكراع أنثى، والجمع: أكرع، مثل: أفلس، ثم تجمع الأكرع على أكارع، قال الأزهري: الأكارع للدابة: قوائمها. المصباح المنير (٢/ ٥٣١).

(٢) تصحيح التنبيه (١/ ٣٠٨).

(٣) لم أجد الترجيح في الوسيط والوجيز والإحياء. ينظر: الوسيط (٣/ ٤٤١) والعزيز (٩/ ٣٠٦).

(٤) والبُرمَةُ بالضَّمِّ قِدرٌ تُنحَت من حِجارَةٍ، وَعَمَّمه بعضُهم فيَشمَل النُّحاسَ والحَدِيدَ وغيرهما، ج بُرمٌ بالضّمّ في الكَثِير كَجُرفَةٍ وَجُرفٍ ...... و أيضًا بُرَمٌ كَصُرَدٍ وجِبالٍ. تاج العروس (٣١/ ٢٦٨).

(٥) المخروط المستدير: هو جسم أحد طرفيه دائرة هي قاعدته والآخر نقطة هي رأسه، ويصل بينهما سطح تفرض عليه الخطوط الواصلة بينهما مستقيمة. التعريفات (١/ ٢٦٤)، رقم المصطلح (١٣١١).

(٦) قوّر الشيءَ تقويراً: قطع من وسطه خرقا مستديراً كما يقوّر البطيخ. المغرب في ترتيب المعرب (٢/ ١٩٩)، مادّة: قور.

قطعت نعالاً ولم يخصف[١] بعدُ، أو ربّعت[٢] بعد الدبغ فالأصحُّ جواز السلم فيها؛ لانضباطها.

(ولا في الكيزان) جمع كوز، (والطسوس) جمع طاس[٣]، (والقماقم) جمع قمقمة، وهي من الكيزان ما له عُرىً وأنبوبٌ، سواءٌ كانت من النحاس أو غيره[٤]، لكن لو كانت [من]المنطبعات يُسمّى إبريقاً، وبلا عرىً وأنبوب يسمّى: كوباً[٥].

(والمنائر)[٦] جمع مَنارة بفتح الميم، وهي: ما يوضع عليها الشموع الموقودة أو السرُجُ، ويسمَّى بالفارسيّة: ضراغ ثا، (والطناجير) جمع طنجرة معرَّب طنكيره[٧]، وهي ما يتّخذ من نحو طاس يوضع على النار ويجعل فيها البوارك[٨] والحلاوى.

(ونحوِها) [كالحباب][٩] الجرار والمراجل والطشت؛ لتعذُّر الضبط؛ لاختلاف أعاليها وأسافلها، وتعسُّر اجتماع أشكالها وصِفاتها المشروطة، بل لو قيل بالإحالة لم يبعد.

(نعم، يجوز في الأسطال) جمع سطل، وهو: ما يجعل لسقي الجياد والهمالج[١٠] (المربَّعة) يتّخذ من خمسة صفاح: صفحةٌ للأسفل، وأربعةٌ لأطرافها؛ لأنَّ أركانها لّما كانت تصنع فرداً فرداً أمكن ضبطها غلظاً ودقّةً، وطولا وعرضاً وسمكاً، (وممّا يصبُّ منها) أي: ممّا منع فيه السلم من المذكورات (في القالَب) بفتح اللام، وهو:

(١) خَصَفَ النَّعلَ، يَخصِفُهَا، خصفاً: ظَاهَرَ بَعضَهَا علَى بَعضٍ، وخَرَزَهَا. تاج العروس (٢٣ / ٢١٢).

(٢) ربَّع الشيءَ: صيره أَربعةَ أَجزاء وصيره على شكل ذي أَربع، وهو التربيع. لسان العرب (٨ / ٩٩).

(٣) الطاس: إناء من نحاس ونحوه يشرب فيه أو به، والعامة يقولون: طاسة. المعجم الوسيط (٢/ ٥٧٠).

(٤) القمقمة بالهاء: وعاء من صفر له عروتان يستصحبه المسافر. المصباح المنير (٢/ ٥١٧).

(٥) فرّق بينهما القاضي عياض بالخرطوم والأذان والعرا لا بالمادّة الّتي يصنعان منها. ينظر: مشارق الأنوار (١/ ١٢).

(٦) المَنَارَةُ: التي يُؤذَّن عليها، والمنارة أيضاً: ما يُوضع فوقها السِّراج،.... والجمع المَنَاوِرُ بالواو؛ لأنه من النُّور. مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، طبعة (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م)- مكتبة لبنان - ناشرون - بيروت: (١ / ٦٨٨).

(٧) الطُّنجِيرُ بكسر الطاء: إناء من نحاس يطبخ فيه قريب من الطَّبق،... والجمع: طَنَاجِيرُ. المصباح المنير (٢/ ٣٦٩).

(٨) وقالَ أَبو زَيد: البُورَكُ بالضمِّ: البُورَقُ الذي يُجعَلُ في الطَّحِينِ. تاج العروس (١/ ٦٦٥٢).

(٩) جمع حب بكسر الحاء.

(١٠) الهِملَاجُ بالكسر: من البَراذينِ " : واحدُ الهَماليجِ. تاج العروس (١ / ١٥٤١)، مادّة: (هملج).

معيار الصياغة يصبُّ فيها مُذاب الفلذات[1]؛ لقلة تفاوت المصبوب في القالب غلظاً ودقّةً، وسهلِ ضبطها ضيقاً وسعةً.

وسكت المصنّف عن السلم في الربويّات، والصحيح جوازه بشرط أن [لا] يكون رأسُ المال من جنس المسلَم فيه إلاّ إذا كان السلمُ حالاً وتقابضا في المجلس.

وأمّا السلم في الرقيق: فالأصحُّ صحّتُه أيضاً بشرط أن لا يتوافقا في الجنس.

وأمّا السلمُ في البساتين والأراضي والأشجار: فالّذي عليه معظمُ الأصحاب[2] أنّه لا يجوز؛ لتعذُّر اجتماع الأشكال والمقادير والأوصاف.

(**ولا يُشترط التعرُّض**) في كلِّ ما جاز السلم فيه (**للجودة والرداءة**)؛ اكتفاءً باتّباع العرف (**في أظهر الوجهين**).

والثاني: يجب التعرُّض؛ لاختلاف القيم والأغراض بهما، فتركُ التعرُّض يؤدِّي إلى النزاع.

(**ويحمل المطلق على الجيِّد**)؛ لأنّ المطلوب في العقود سلامة الأعواض وجودتها عرفاً، فالمعروف كالمشروط[3].

وينزل الجيِّد بالإطلاق أو الشرط على أقلِّ مراتب الجودة، ولا يشترط التناهي فيه، ولو شرط الرداءة في النوع صحَّ؛ للانضباط، وفي العيب فلا؛ لعدم الانضباط، فالمراد بالرداءة في الكتاب رداءةُ النوع، كما صرّح به النوويُّ[4].

هذا في الجودة والرداءة، أمّا الأجود والأردأُ: فإن شرَط الأجودَ فالصحيحُ عدمُ الجواز؛ لأنَّ أقصاه غير معلومٍ؛ لكثرة المراتب، وإن شرَط الأردأ صحَّ، ويُقبَل المأتيُّ به من الرداءة؛ لأنّه إن كان هو فذاك، وإن كان فوقَه بمرتبةٍ أو أكثر فقد جاء [بخير ممّا شُرط].

(**وصفاتُ المسلَم فيه لا بُدَّ وأن يعرفَها المتعاقدان**)؛ دفعاً للغرر والتشاجر عند المحلِّ،

---

(١) الفلذ: كلُّ جوهر من جواهر الأرض كالذهب والفضة والنحاس والرصاص فهو فلذ. كتاب الكليات (١/ ٦٧٥).
(٢) الأصحاب: يطلق على فقهاء الشافعية الذين بلغوا من العلم مبلغاً صارت لهم اجتهادات فقهية. ينظر: المجموع (١/ ١١٥) وما بعدها.
(٣) قاعدة: المعروفُ بالعرف كالمشروط شرطاً. قواعد الفقه للبركتي (١/ ١٢٥)، رقم (٣٣٤).
(٤) روضة الطالبين (٤/ ٢٨)

فلو جهلاها، أو أحدُهما فسَدَ العقدُ، وفيها إذا عرف غيرُهما مكان جهل أحدهما وجهٌ أنّه يجوز؛ لإمكان قطع النزاع والغرر بشهادة ذلك الغير.

(والظاهرُ من الوجهين أنّه لا بُدَّ من أن يعرفها) أي: يعرف الصفات **(غيرُهما)** من المسلمين العدول[١] **(أيضاً)** كما يجب أن يعرفاها بنفسهما؛ ليُرجع إليهم عند التنازع فيقطع النزاع.

والثاني: لا يشترط أن يعرف غيرهما؛ لأنّ احتمال النزاع الطارئ لا يؤثّر في صحّة العقد الجاري.

وعلى الأوّل يكفي عدلان، وقيل: يشترط عددُ الاستفاضة[٢].

استبدال المسلَم فيه

(فصلٌ: لا يجوز أن يستبدل عن المسلَم فيه غيرَ جنسه)؛ لأنَّ العقد إنّما كان عليه، فما يأتي به من غير جنسه غيرُ معقودٍ عليه، فيذهب رأسُ المال باطلاً ويجيء هذا باطلاً فيتناوله قولُه تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[٣].

(وأمّا استبدالُ غير النوع كـ) استبدال **(المعقليّ والبرنيّ)** أحدهما بالآخر من التمر، والطالكيّ والصورانيّ من الزبيب، **(والثوب الهرَويّ)** المنسوب إلى هراة من مدن خراسان **(والمرويّ)** المنسوب إلى مرو الرود[٤] أو مرو الشاهجان، هما من مدن

---

(١) العدول: جمع عدل، والعدالة لغةً: الاستقامة، وشرعاً: صفة في الإنسان تحمله على اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، وتجنب ما فيه خسة من التصرفات. معجم لغة الفقهاء (١/ ٣٦٥).

(٢) قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني في تعريف الاستفاضة: إن أقله أن يسمع من اثنين عدلين؛ لانّ ذلك بينة.
وقال الماوردي: أنّ الاِستِفَاضَةَ لها شَرطَانِ:
أَحَدُهُمَا: أَن يَنقُلَهُ جَمٌّ غَفِيرٌ، وَعَدَدٌ كَثِيرٌ يَنتَفِي عَنهُمُ التَّوَاطُؤُ وَالتَّسَاعُدُ عَلَى الكَذِبِ وَالتَّغيِيرِ.
وَالثَّانِي: أَن يَستَوِي طَرَفا النَّقلِ وَوَسَطُه .ينظر: المهذب (٢/ ٣٣٥)، والحاوي (١٤/ ٣٩٤).

(٣) (البقرة: ١٨٨)، تمامها: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾

(٤) مرو الروذ: مدينة قريبة من مرو الشاهجان بينهما خمسة أيام، وهي على نهر عظيم فلهذا سميت بذلك، وهي صغيرة بالنسبة إلى مرو الأخرى، خرج منها خلق من أهل الفضل ينسبون مرورّوذي ومرُّوذي للأشخاص، أمّا للثياب فالنسبة إليهما: مرويّ على القياس. ينظر: معجم البلدان (٥/ ١١٢- ١١٣).

خراسان أيضاً (فلا يجب على المسلِم قبولُه) جزماً؛ لاختلاف الأغراض باختلاف النوع؛ لتفاوت القيمة باختلافه، ويجوز قبوله كما في اختلاف الصفة.

وهذا وجهٌ ومقابلُه قولُه: (وأظهر الوجهين أنّه لا يجوز) قبوله (أيضاً) كما لا يجب؛ لأنّ اختلاف النوع كاختلاف الجنس فيما مرّ ويشبه الاعتياض عنه، وهو لا يجوز كما مرَّ في البيع[1].

(وإن لم يختلف الجنس ولا النوعُ ولكنّه) أي: المستبدَلَ (كان أردأَ من المشروط جاز قبوله)؛ لأنّه رفقٌ بالمسلَم إليه، وهو ممّا يُبتغَى به رضوانُ الله.

(ولم يجب) قبوله؛ لأنّه من قبيل الإيثار، والإيثارُ غير واجب وإن كان [المسلم] من أهل الثروة وبصاحبه خصاصةٌ[2].

(وإن كان) أي: المستبدَلُ (أجودَ) من المشروط (جاز قبولُه)؛ لأنّه جاء بخيرٍ ممّا شُرط (والأصحُّ) من الوجهين (وجوبُه) أي: وجوبُ القبولِ (أيضاً)؛ لأنّ تفاوت الصفات بالزيادة والنقصان لا يمكن تميزها، وأنّها خيرٌ ممّا شُرط.

والثاني: لا يجب القبول؛ لاحتمال التلجئة منه إلى ما أتى به، فينكسر به قلبُه ويندم بعد ما وجد مثلَ المشروط، على أنّ المنّة كافيةٌ في عدم الوجوب كما في نظائرها.

ويجب تنقية الحنطة المسلَم فيها عن المدر[3] والزوان[4] والتراب بقدر الإمكان، فإن كان فيها شيءٌ من المذكورات وكان السلم فيها بالكيل جاز؛ لتسامح[الناس]بمثل ذلك، أو بالوزن فلا.

ولا يجوز تسليمُ المسلَم فيه وزناً بالكيل، ولا بالعكس؛ لكثرة التفاوت.

---

(١) في (ص٤٤) من المخطوطة (ا) في فصل: المبيع قبل قبضه من ضمان البائع.

(٢) والخَصاصة: الخَلَّة والحاجة، وذو الخَصاصة، ذو الخَلَّة والفقر. تهذيب اللغة (٢/ ٣٩٦).

(٣) المَدَر مُحرَّكة: قِطَعُ الطِّينِ اليابِس المُتَماسِك، أو الطِّينُ العِلكُ الذي لا رَمَلَ فيه. تاج العروس (١/ ٣٤٧٨).

(٤) الزُّوَان حَبٌّ يكون في الحِنطَة يسمِّيه أهلُ الشام الشَّيلَم الواحدة زُوَانةٌ، وغيرهم يسمّيه الدوسر، واحدته دوسرة، نباته كنبات الزرع غير أنه يجاوز الزرع في الطول وله سنبل وحب دقيق أسمر، وله حَبٌّ صِغارٌ مستطيلٌ أحْمَرُ قائِمٌ كأنه في خِلقَةِ سُوسِ الحِنطَةِ ولا يُسكِرُ ولكِنَّهُ يُمِرُّ الطَّعَامَ إمرَاراً شَدِيداً. ينظر: المحكم (٨/ ٦٩)، و تهذيب اللغة: (١٣/ ١٧٥)، ولسان العرب (٤/ ٢٨٥).

ووقتُ التسليم في الثمر نهايةُ جفافه، وفي الرُّطب قبل الانكباس[1].

ومطلقُ الشرط فيه وفي العنب يُحمل على ما كانتا عليه من عناقيد.

ولو شُرط انقلاعُها عنها اتُّبع الشرطُ.

(ولو أتى) المسلَم إليه (بالمسلَم فيه قبل المحلّ) بكسر الحاء، أي: وقت الحلول (وامتنع المسلِمُ عن قبوله) قائلاً: لايلزمني القبول؛ لعدم [إيجاب] الشرع إيّاه (فإن كان له في الامتناع) عن القبول (غرض صحيح: بأن كان) الوقتُ (وقتَ غارةٍ) أي: نهبٍ و هرجٍ يخاف لو قبِله ذهبت به الغارة (أو كان) المسلَم فيه (حيواناً يحتاج إلى علفه) بأن كان شتاءً وأطبق الثلجُ الأرضَ، أو كان في بلد يعتادون علف الدوابِّ في ذا الوقت (لم يجبَر على القبول)؛ لما فيه من التعرُّض لتلف ماله بالغارة والتعليف بغير حقٍّ.

ومن الأغراض الصحيحة كونُ [المسلِم] يُريد تأخيرَه ليأكلَه في المحِلِّ طريّاً.

(وإلا) أي: وإن لم يكن للمسلِم غرض صحيح في الامتناع، بل يمتنع تكاسلاً عن حفظه، أو تأذّياً بصاحبه (فإن كان للمؤدّي) أي: المسلَم إليه (غرض صحيح سوى براءة الذمّة: كما لو كان به) أي: بالمسلَم فيه (رهنٌ) متبرّعاً أو مشروطاً (يريد) المسلَم إليه فكَّه (أُجبِر المسلِمُ على القبول)؛ لأنّ امتناعه لا يتضمّن فائدةً، وأداءُ المسلَم إليه يتضمَّنُها فيُراعى جانبُه، (وكذا) يُجبَر [المسلِم] (إن لم يكن له غرضٌ سوى البراءة) أي: براءة الذمّة (في أصحّ القولين)؛ لأنّ براءة الذمّة عن الحقوق من أهمِّ الأغراض عند الحازم المتيقِّظ.

والثاني: لا يُجبر؛ لأنّه لم يجئ وقتُ توجُّه الوجوب عليه، وكان في تعجيله منّةٌ عليه، فلا وجهَ لإجباره.

ولو كان له في الامتناع غرضٌ صحيح وللمؤدّي في الأداء كذلك فهل يتعارضان، أم يُجبَر أحدُهما؟ وجهان: الأصحُّ إجبار المؤدّي [بالتأخير].

---

(١) والكِباسَة: العِذقُ. وهو من التمر بمنزلة العُنقود من العنب. الصحاح في اللغة (ص٨٩٩). فالانكباس: ظهور العذق كاملاً.

ولـو أحضر المسلَم فيه الحالَّ أُجبِر على قبولـه، سواءٌ لـه غرض أو لم يكـن، فإن لم يقبل أُجبر على الإبراء ليقبل أو يبرئَ ذمّتَـه، [وحيث] ثبت الجبر، فإن أصرَّ أخَذ الحاكمُ لـه ويضعُه عند عدلٍ إلى الحلول.

(**ولو وجد المسلِمُ المسلَمَ إليه في غير مكان التسليم**) أي: المشروط، أو المحمول عليه عند الإطلاق فيما إذا صلح ولم يكن للنقل مؤنةٌ (**لم يلزمه**) أي: المسلَمَ إليه (**الأداءُ إن كان لنقله مؤنةٌ**)[1] أي: من موضع التسليم إلى بيته أو الموضع المشروط، (**وكذا لا يطالبه بالقيمة في أصحِّ الوجهين**)؛ لوجهين[2]:

أحدهما: أنّه إذا لم يتوجّه إليه وجوب الأداء فأداء القيمة فرعُ وجوب الأصل، فينتفي بانتفائه.

والثاني: أنّ أداءَ القيمة اعتياضٌ عن المسلَم فيه، وهو ممتنعٌ لما مرَّ[3].

والثاني[4]: يجوز أن يطالبه بالقيمة؛ للحيلولة بينه وبين حقِّه بعد جريان العقد على الصحّة، فيغتفر فيه الاعتياض.

وإذا قلنا: بالأوّل فللمسلِم الخيارُ بين أن يصبِر إلى أن يجده في مكان التسليم، وبين أن يفسخ ويستردَّ رأسَ المال قياساً على ما لو انقطع المسلَم فيه عند المحلِّ.

وإن لم يكن لنقله مؤنةٌ لايشق على المسلَم إليه نقلُه إلى ذلك المكان لزمه الإتيان به وأداؤه.

(**وإن امتنع المسلِمُ عن قبوله هناك**) أي: في غير مكان التسليم، بأن جاء به المسلَم إليه وقال: هذا مالك فخذه (**لم يجبر**) المسلم على قبوله (**إن كان لنقله**) إلى البيت أو مكان التسليم (**مؤنةٌ، أو كان الموضع مخوفاً**) لبعده عن العمران، أو كان المسلِم غريباً

---

(١) ولم يقنع المسلم به بل يطلب مؤنة النقل أيضاً فكذلك. منه.

(٢) أي: لدليلين.

(٣) في أوّل هذا الفصل حيث قال في المحرر: "لا يجوز أن يستبدل عن المسلَم فيه غيرَ جنسه".

(٤) أي: الثاني من الوجهين في مطالبة المسلم إليه بالقيمة، والثاني الذي قبله من الدليلين على عدم المطالبة بالقيمة.

يتطاول عليه أيدي الظلَمة ولا حاميَ؛ لأنّ الإجبار والحالة هذه إضرارٌ به من غير حقٍّ.

(وإلّا) أي: وإن لم يكن لنقل المسلَم فيه مؤنةٌ: بأن كان مسكاً أو عنبراً أو دراهمَ أو دنانيرَ قليلةً ولم يكن الموضع مخوفاً: بأن كان في العمران وله حامٍ من تطاول أيدي الظلَمة، أو لم يكن هناك ظالمٌ ولا خوف غارةٍ (**فالأظهر من الوجهين إجباره**) أي: إجبار المسلِم على قبول المسلَم فيه؛ إذ لا مانع من القبول، فامتناعه ليس إلاّ للتأذيّ بإبقاء الحقِّ في ذمّة الغير الطالبِ براءتَها.

والثاني: لا يجبر؛ إذ لم يتوجّه عليه وجوب القبول، ورعايةُ حقِّ الغير من المستحسنات، لا من الواجبات، فلا إجبارَ.

وهذا كالخلاف السابق في التعجيل قبل الحلول لبراءة الذمّة.

ولو [اتّفق]كونُ رأس المال على صفة المسلَم فيه: بأن أسلم إليه بثوبٍ في ثوبٍ صفتُه كذا، فكان على صفة رأس المال، فجاء برأس المال وجب قبوله، ذكره الجلاليُّ وصحّحه[1].

[الإقراض]

(**فصلٌ : في**) بيان (**الإقراض**) لم يُفرَد له بابٌ؛ لأنه تمليكُ شيءٍ على أن يرُدَّ بدلَه، ففي تقديم أحد [البدلين] وثبوت الآخر في الذمّة شابهَ السلَمَ، فجعلَه فصلاً من السلَم.

(**الإقراضُ**) في اللغة: الإقطاع، سمّي به؛ لأنّ المقرِض -بكسر الراء- يقطع المقرَض -بفتح الراء- من ماله ويدفعه إلى المستقرض[2] (**مندوبٌ إليه**) [أي:] ممّا يميل إليه ويرغب فيه، من ندب، أي: مال، ومنه يقال لمن انتهز الفرصة لشيءٍ: انتدب إليه[3]، ثُمَّ شاع المندوب في مستحسنات الشرع، أي: مستحبٌّ[4]؛ لما فيه من إعانة

---

(١) شرحُ الجلال المحلّيّ على المنهاج للنوويّ بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣٢٠)

(٢) الصحاح (ص١٨٥١)، ولسان العرب (٧/ ٢١٧)، والحاوي الكبير (٥/ ٣٥٢).

(٣) يقال: ندبته فانتدب، أي: بعثته ودعوته فأجاب. لسان العرب (١/ ٧٥٥).

(٤) المندوب والمستحبّ والتطوّع والسنّة عند جمهور الشافعيّة كلّها عبارة عن الفعل الّذي طلبه الشارع من المكلّف طلباً غير جازم. ينظر: جمع الجوامع في أصول الفقه لتاج الدين عبد الوهاب = ابن السبكي (ت)، طبع مصطفى البابي-مصر: (١/ ٨٩).

الملهوفين وإزاحة كربة المضطرّين، وفيه احتمال غرر [لراحة المسلمين] [١].

أركانُ الإقراض

ويتحقّق الإقراض بالمقرض والمستقرض: العاقدين، والمقرَض: المعقود عليه، والصيغة الدالّة على رضا المتعاقدَين.

(**والصيغة**) الدالّة على الرضا (**[أن يقول]: أقرضتك**) هذه الدراهمَ (**أو أسلفتُك، أو خذه بمثله**).

وعدُّ "خذه بمثله" من صرائح ألفاظ القرض ممّا لا ينبغي [٢]؛ إذ قد مرَّ في البيع أنّه كنايةٌ في البيع [٣]، فكذا هنا، فيحتاج إلى النيّة [٤]، ولو قال: "خذه" ولم يقل: "بمثله" فهو إيداعٌ.

(**أو ملّكتُك على أن ترُدَّ بدلَه**). و "ملّكتُك" وحده هبةٌ [٥].

ولو قال: خذه واصرفه في حوائجك" فإن ضمَّ إليه: "ورُدَّ بدلَه" أو: "على أن ترُدَّ بدلَه" فإقراضٌ، وإلاّ فهو إباحةٌ وإعراضٌ [٦] لا يُرجع إليه؛ لإطماعه إيّاه متبرّعاً ولم يلتزم القابضُ شيئاً.

---

(١) «عن إسماعيل بن إبراهيم بن عبد الله بن أبي ربيعة عن أبيه عن جدّه قال: استقرضَ منّي النبيّ ﷺ أربعينَ ألفاً، فجاءه مالٌ فدفعَه إليّ وقال: باركَ اللهُ لكَ في أهلِكَ ومالِكَ، إنّما جزاءُ السلفِ الحمدُ والأداءُ»، رواه النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (ت:٣٠٣هـ) في السنن الكبرى، تحقيق: د.عبد الغفار سليمان البنداري سيد كسروي حسن، الطبعة الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩١م) دار الكتب العلمية - بيروت - كتاب البيع (٤/ ٥٧).

(٢) من أسلوب الشارح استعمال "لا ينبغي" في الأمور الّتي فيها خطأ، ولا يخفى ما فيه من التأدّب.

(٣) مرّ ذلك في أوّل كتاب البيع بعد قوله: وينعقد البيع بالكنايات.

(٤) شرح المحلّي على المنهاج (٢/ ٣٢١).

(٥) فإنّ التمليك من غير ذكر عوض هبة في الظاهر. المهذب (١/ ٣٠٣).

(٦) الإباحة هنا بمعنى إباحة الطعام ونحوه، يقال: أباح الرجل ماله، أي: أذن في أخذه وتركه وجعله مطلق الطرفين. ينظر: التعاريف (١/ ٢٧).

شروط الصيغة

(ويُشترَط فيه) أي: في الإقراض (القبولُ في أصحِّ الوجهين) كما يُشترط فيه الإيجابُ[١] كالسلم والبيع وسائر العقود؛ لأنّه عقدٌ، فيقول: استقرضتُ، أو قبلتُ، أو [تملّكتُه] بمثله، ونحوَ ذلك.

والثاني: لايُشترط القبولُ؛ لأنّه إباحةُ إتلافٍ على شرط الضمان، فقبولُه قبضُه. واختاره الإصطخريُ[٢].

***

شروط المقرِض

(ويُشترَط في المقرِض) بكسر الراء (جوازُ التصرُّف) فلا يجوز للوليِّ إقراضُ مال الناقص[٣] إلاّ لضرورةٍ داعيةٍ إليه (وأهليّةُ التبرُّع) فيما يُقرِضُ، تعميمٌ بعد تخصيصٍ، فلا يصحُّ إقراضُ الصبيّ والمجنون والمحجور عليه بالسفه[٤] أو الفلَس[٥]؛ لأنّه عقدُ غررٍ مستورُ العاقبة فأشبهَ التبرُّعَ.

---

(١) الإيجاب: الإلزام وإيقاع النسبة، والمراد به في قول الفقهاء: " بإيجاب وقبول ":الكلام الذي تكلم به أولاً أحد العاقدين ناكحاً كان أو منكوحة بايعاً كان أو مشترياً، والقبول في الكلام الذي تكلم به ثانياً. دستور العلماء (١/ ١٥٠).

(٢) هو الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى بن الفضل، أبو سعيد الإصطخري الفقيه الشافعي، من أصحاب الوجوه، منسوب إلى إصطخر، كورة من كور فارس، من شيوخه عباس بن محمد الداودي، ومن تلاميذه الدار قطني، من مؤلفاته أدب القاضي والأقضية، و الفرائض الكبير، و الشروط والوثائق ، أحد أصحاب الوجوه، درّس ببغداد، وولي القضاء بأماكن، منها: مدينة قم، توفي سنة (٣٢٨هـ) ودفن بباب حرب. ينظر: طبقات السبكي (٢/ ١٧١-١٨٧)، رقم (١٦٦)، وسير أعلام (١٥/ ٢٥٠)، رقم (١٠٤)، وطبقات المصنف، ط. بيروت (٦٢)، وطبقات الشيرازي، ط.بيروت (١١١)، ووفيات الأعيان (٢/ ٦٠)، رقم: (١٥٨)، و تهذيب الاسماء (٢/ ٥١٩)،، وهذا أيضاً من ترجيحات الشارح استناداً على قول غيره.

(٣) يقصد ناقص أهلية الأداء، وذلك يكون بفقدان البلوغ أوالعقل، كما أن كمالها يكون بوجودهما. ينظر: علم أصول الفقه للخلاف (١ / ١٣٨)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١٣ / ٢٤٩).

(٤) سبق تعريف الحَجر، والسفه: عبارة عن خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب فتحمله على العمل بخلاف طور العقل وموجب الشرع. التعريفات (١/ ١٥٨)، رقم المصطلح (٧٨٥).

(٥) الفلس والتفليس: حجر الحاكم على المديون. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ١٩٥).

شروط المقرَض

وأجاز العراقيّون إقراضَ القاضي مالَ اليتيم لكثرة أشغاله، ويُشهِد عليه خوفاً من عزلِه أو موتِه، ونقلوا النصَّ على جوازِ إقراضِه مالَ المحجور عليه إذا رضي الغرماءُ بتأخير [القسمة] إلى [أن يجتمعَ المالُ][1].

[وفي إقراضِ] الأموالِ الضائعةِ وسائرِ أموالِ بيتِ المالِ احتمالان من الإمام:

[وجهُ] الجوازِ كونُها في مشيئة الحاكم، فهو كسائر تصرُّفاته فيها.

ووجهُ المنع أنّها بسبيل الدفع إلى أرباب الحوائج، فربّما يطرأُ الاحتياجُ قبلَ الأداء فيفوت الغرضُ منها[2]، وهذا أقوى[3].

(وما يجوز السلم فيه) ممّا ذكر في السلم **(يجوز إقراضُه)**؛ لاشتراكهما لفظاً ومعنىً، أمّا لفظاً: فلأنّ كلاً منهما يسمّى سلفاً، وأمّا معنىً: فلأنّ كلاً منهما بتعجيل بدلٍ وإبقاء بدلٍ في الذمّة.

(نعم، لا يجوز إقراضُ الجارية الّتي يحلُّ للمستقرض) وطؤها[4] **(في أظهر القولين)** وإن قلنا: إنَّ المقرَض يُملَك بالقبض؛ لأنَّ الملكَ فيه ضعيفٌ؛ بدليل جواز الرجوع للمقرِض ما دام المُقرَض باقياً، فربّما يتّفق الاستردادُ بعد وطء المستقرض إيّاها، فيكون في معنى إباحةِ وطء الجواري بنحو عارية[5].

والثاني: يجوز؛ لأنّه إن قلنا: إنّه لا يملك إلاّ بالتصرُّف فبالقبض لا يحلُّ وطؤُها، فهي كسائر الجواري المحرّمة عليه بنحو رضاع ومصاهرة ومحرميّة.

وإن قلنا: إنّه يملك بالقبض فاتّفاقُ الاسترداد ممّا يبعُد احتمالُ، فلا يضرُّ بصحّة العقد.

---

(١) ينظر: العزيز (١٠/ ٢٩٣)، وعجالة المحتاج (٢/ ٧٥٢)، ومغني المحتاج (٢ / ١١٨).

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب (٣/ ٣٦٤).

(٣) من ترجيحات الشارح في الوضوح، اعتماداً على ما وصل إليه هو.

(٤) أي: بالنكاح أو بملك اليمين.

(٥) وهو حرام، وعطاء رجع عن القول بإباحته كما يأتي في الرهن، والعارية بتشديد الياء: تمليك منفعة بلا بدل. التعريفات (١/ ١٨٨).

وقولُـه: " الّتـي يحـلُّ " مشـعرٌ بعـدم جريـان الخـلاف إذا كانـت محرَّمـةً عليـه، لكـن في جارية يمكـن حلُّهـا كالوثنيّـة والمجوسيّة تـردُّدٌ؛ إذ قـد تصير مسلمةً بُعَيدَ العقـد[1] فيعـود المحـذور.

(وما لا يجوز السـلم فيـه) ممّـا مـرّ (يجـوز إقراضُـه أيضـاً) كـما يجـوز إقـراض مـا يجـوز السلم فيه (إن قلنـا: يـردُّ في المتقوِّمـات القيمـةُ)؛ لأنّ اللآلـئ الكبـار مثلاً، والمعاجينَ الغيرَ المنضبطـة ومـا أثّـر فيهـا النـارُ متقوِّمـاتٌ، فـإذا تعـذَّر تحصيلُهـا [روجـع] إلى القيمـة، وفي السـلم لا يجوز ذلـك؛ لامتنـاع الاعتيـاض (وإن قلنـا: يـردُّ) في المتقوِّمـات (المثلُ) الصـوريُّ (لم يجُـز)؛ لأنّ امتنـاع السـلم فيهـا كان مبنيّاً عـلى عـدم [انضباطهـا] وعـزّة وجودهـا، فـإذا وجـب في الإقـراض ردُّ مثلـه صـورةً عـاد المحـذور.

ويجـوز إقـراضُ الأراضي والبسـاتين والأشـجار عـلى كلا القولـين وإن لم يجـز السـلمُ فيهـا كـما مرَّ[2].

(وهـو الأظهـرُ) أي: القـولُ بـردِّ المثـل الصـوريِّ في المتقوِّمـات هـو الأظهـر؛ لإطبـاق النـاس عـلى اسـتقراض الحيوانـات وردِّ مثلهـا صـورةً، واستأنسـوا بـما روي: «**أنـه ﷺ اقـترض بكـراً وردَّ رَباعيّـاً**[3] **وقـال: خيرُكـم أحسـنُكم قضـاءً**»[4]، وفي روايـةٍ: «**اسـتقرض بكـراً وردَّ بـازلاً**»[5]. هـذا مـا اختـاره الأكثـرون[6].

---

(١) في نسختين: " بعد العقد "، وهو أولى، وهذا من استدراكات الشارح على المصنف.

(٢) من الشارح بعد شرح قول المصنّف: ويجوز السلم في الحيوان.

(٣) البَكر بفتح الباء: الفتىّ من الابل، والرباعية وَالرَّبَاعِيُّ بِفَتحِ الرَّاءِ: ما له سِتُّ سِنِينَ ودخلت في السنة السابعة. : لسان العرب (٣/ ٣٠٥)، و (٨/ ١٠٨).

(٤) رواه مسلم في صحيحه (١٢٢٤)، رقم الحديث (١١٨- (١٦٠٠).

(٥) هذا اللفظ غير موجود في كتب الرواية، أُتبِع في إيراده بهذا اللفظ الإمامَ الغزالي في وسيطه، وهو تبِع إمام الحرمين في نهاية المطلب، والموجود في كتب الحديث هو اللفظ الأوّل. ينظر: البدر المنير (٦/ ٦٢٠). و تلخيص الحبير (٣/ ٣٤).
البَازِلُ فَهُوَ ما له ثَمَانُ سِنِينَ وَدَخَلَ فِي التَّاسِعَةِ وفطر نابه. لسان العرب (٤/ ٧٦)، و (١١/ ٥٢).

(٦) وهو قول عليّ وابن عبّاس وابن عمر- رضي الله عنهم -، وقول سعيد بن المسيِّب والحسن البصريّ والنخعيّ، وفي الفقهاء قول مالك وأحمد وإسحاق والزهرى والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور، وحكاه الجوزجانى عن عطاء والحكم. ينظر: الحاوي الكبير (٥/ ٣٩٩). وتكملة المجموع (١٣ / ١١٤).

والثاني: يُردُّ [في] المثليّ المثلُ، وفي [المتقوّم] القيمةُ، وذلك هو القياس كإتلاف سائر المتقوِّمات[١]، وهو اختيار صاحب التقريب. وعلى هذا فالاعتبار بقيمة يوم القبض إن قلنا: إنّ المقرَض يُملك به، وبأقصى القيم من القبض إلى التصرّف إن قلنا: إنّ الملك يكون بالتصرُّف. وإذا اختلفا في القيمة أو في صفة المثل فالقول قول المستقرض.

***

إقراضُ الخبز

وفي إقراض الخبز الوجهان [اللّذان] مرّا في السلم[٢]، لكنّ الصحيح في الشرح الصغير جوازه، وهو اختيار ابن الصبّاغ[٣] وإمام الحرمين[٤]؛ للحاجةِ، وإطباق الناسِ [عليه][٥].

ويقاس عليه الخمير[٦]؛ للحاجة أيضاً[٧].

وإذا قلنا به فيُردُّ مثلُها صورةً وزناً؛ لأنّ الوزن أعدل، وقيل: عدّاً، والأشهرُ جوازُهما[٨].

(ولو ظفر المقرِضُ بالمستقرِضِ) أي: وجده بلا مانع يدِ متغلِّبٍ [أو مزاحمةِ] شغلٍ،

---

(١) وهو القياس المجمع عليه إلاّ في المصرّاة، ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٣٥٩)، والمستصفى (١/ ٣٣٢)، والتقرير والتحبير (٢/ ٣٣٤).

(٢) وأنّ الراجح عند الأكثرين من الأئمّة منع السلم فيه، والمختار عند إمام الحرمين جوازه، واستدل المالكية بحديث عائشة قالت: «**قلت: يا رسول الله الجيران يستقرضون الخبز والخمير ويردون زيادة ونقصاناً، فقال: لا بأس إنما ذلك من مرافق الناس**»، قال الألباني: ضعيف. ينظر: كشاف القناع (٣/ ٣١٦)، ومختصر إرواء الغليل (١/ ٢٧٣)، رقم (١٣٩٤).

(٣) لم أحصل على الشامل، وينظر: البيان في مذهب الشافعي (٥/ ٤٦٧).

(٤) الذي في نهاية المطلب (٥/ ٤٥١-٤٥٢).أنّ الخبز ليس من ذواتَ الأمثال، وأنّ منهم من جوّز إقراضه للحاجة الماسة، وأنّ القاضي مال إلى جوازه للحاجة، وليس فيه تصريح بالاختيار.

(٥) أطبقوا على الشيء: أجمعوا عليه. لسان العرب (١٠/ ٢١٠)، فالإطباق: الإجماع.

(٦) الخمير: عجينة مختمرة بها فطر خاص ليولّد ثاني أكسيد الكربون. المعجم الوسيط (١/ ٢٥٦).

(٧) روضة الطالبين (٤ / ٣٣).

(٨) المصدر نفسه (٤/ ٣٣)، وقال السبكي والعبرة بالوزن كالخبز . مغني المحتاج (٢ / ١١٩).

وهـو معنـى الظفـر (**في غـير مـكان الإقـراض**) أومـكانِ شرطِ الأداءِ فيـه (**وللنقـل مؤنـةٌ**)-؛ لبعـد المسـافة بـين مـكان الإقـراض والظفـر، والمقـرَضُ شيءٌ يُحتـاج إلى حملـه، أو سَـوقِه وقـودِه ـ أمّـا إذا كان فرسـاً يمكـن ركوبُـه أو نحـوَ ذلـك فهـو ممّـا لا مؤنـة في نقلـه؛ لأنّـه معـاونٌ لا مـؤاونٌ[1] (**فلـه المطالبة بقيمـةِ بلـدِ الإقـراضِ**)؛ لجواز الاعتيـاض عـن المقـرَض. ولا يجـوز مطالبتـه بالمثـل؛ لإفضائـه إلى الإضرار بالمسـتقرِض. ولـو أتـى بمثلـه هنـا لم يلـزم عـلى المقـرض قبولـه؛ عـلى نحـو مـا مـرّ في السـلم.

وإذا أخـذ القيمـة هنـاك وتصادفـا في بلـد الإقـراض فالأصـحّ أنّـه لا يجـوز للمقـرِض ردُّ القيمـة وأخـذُ المثـل، ولا للمسـتقرِض اسـترداد القيمـة وإعطـاءُ المثـل.

والثـاني: يجـوز لهـا؛ كـما لـو وجـد العـين المضونـة بضـمان الحيلولـة[2] بعـد مـا ضمـن قيمتَها، فإنّهـا تَردُّ وتُسـتردُّ.

ولـو لم يكـن لنقـل المقـرَض مؤنـة؛ لخفّتـه، أو لكونهـا دابّـةً تُركَـب ولم يحتـج إلى شري العلـف إلى الوصـول إلى مـكان الإقـراض؛ لاعشيشـاب الأرض فلـه مطالبتُـه بمثلـه ولا يجـوز امتناعُـه عنـه وفـقَ مـا ذكـر في السـلم[3].

(**ولا يجـوز أن يُقرضـه بشرط ان يـردَّ**) المستقرضُ (**عـن المكسّرِ الصحيـحَ**) أو عـن المزيّـف

---

(١) الأون: الإعياء والتعب كالأين، أو التكلُّف للنَّفَقَة. ينظر: المحكم (١٠/ ٥٣٦)، ولسان العرب (١٣/ ٣٩)، فالمؤاون هو المتعب المكلف.

(٢) جاء تعريف ضمان الحيلولة في شرح الهداية، وأنّ ضمان التمليك ضَمَانٌ يَتَعَلَّقُ بِالتَّمليكِ، وضمان الحيلولة ضَمَانٌ يَتَعَلَّقُ بِمُجَرَّدِ الحَيلُولَةِ بَينَ المَالِكِ وَالمَملُوكِ لَا بِالتَّملِيكِ ،.. و جاء التمثيل له في تفسير النيسابوري فقال: "ومثال حكومة سليمان قول الشافعي: فمن غصب عبداً فأبق من يده فإنه يضمن القيمة فينتفع به المغصوب منه بإزاء ما فوته الغاصب من منافع العبد ، فإذا ظهر العبد يرد ويقال له: ضمان الحيلولة ". ينظر: غرائب القرآن ورغائب الفرقان – تأليف: نظام الدين الحسن بن محمد بن حسين القمي النيسابوري (ت:٧٢٨هـ)، تحقيق : الشيخ زكريا عميران، الطبعة الأولى (١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م): دار الكتب العلمية – بيروت / لبنان (٥/ ٣٧). و العناية شرح الهداية، تأليف: محمد بن محمد البابرتي (ت : ٧٨٦هـ) - (١٣/ ٨٨)، والمحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تأليف: عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد: ابن تيمية الحراني، أبي البركات، مجد الدين (المتوفى: ٦٥٢هـ) الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ-١٩٨٤مـ) مكتبة المعارف- الرياض (١/ ٢٧١).

(٣) حيث قال: فالظاهر من الوجهين إجباره.

الرائجَ، أو عن المسكوك بسكّةٍ مسكوكاً بسكّةٍ[1] إذا كان المشروطُ أروجَ، (**أو يردَّ عليه زيادةً**) وإن قلَّ؛ لأنَّ مثلَ هذا ممّا يجُرُّ به نفعاً، وقد نهى النبيُّ ﷺ عن ذلك[2].

فلو شرَطَ كذلك فسد العقدُ وإن لم يكن ذلك في الربويّات.

وفي وجهٍ: صحَّ العقدُ في غير الربويّات وحرم الشرطُ[3].

(**ولو ردَّ كذلك من غيرِ شرطٍ**) أي: الصحاحَ عن المكسَّرِ، أو الجيِّدَ عن الرديءِ، أو الزيادةَ (**فهو حسنٌ**) عقلاً وشرعاً: أمّا عقلاً: فإنّه [من ثمرة السخاءِ]، ونتيجةُ الخصالِ الحميدةِ، وفيه استمالةُ القلوب.

وأمّا شرعاً: فقد روينا أنّه ﷺ قال: «**خيارُكم أحسنُكم قضاءً**»[4].

وقد صحّ [أيضاً]: «**أنّه استقرضَ صاعاً وردَّ صاعين**»[5].

ونقل صاحب الروضة عن المحامليّ وغيره: أنّه يستحبُّ للمستقرض أن يردَّ أجودَ ممّا أخذَ؛ امتثالاً بالحديث الصحيح في ذلك، ولا يكره للمقرض أخذُ ذلك سواءٌ الربويّاتُ أو غيرها[6].

---

(١) أي: أخرى. (منه).

(٢) يقصد المرويّ عن رسول الله ﷺ بلفظ: «**كل قرض جر منفعة فهو رباً**»، أو بلفظ: «**نهى رسول الله ﷺ عن قرض جر نفعاً**». ولم يصحّ فيه حديث مرفوع، بل هو موقوف على الصحابة: عليّ وفضالة بن عبيد وابن مسعود وأبيّ بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عبّاس ﷺ، والمرويّ مرفوعا من حَدِيث عَلِيّ بن أبي طَالب • بِهذين اللَفظين فِي إِسنَاده سوار بن مُصعب وَهُوَ مَترُوك، ينظر: نصب الراية (٤/ ٦٠) و خلاصة البدر المنير (٢/ ٧٨)، و (٦/ -٦٢١-٦٢٢)، وكشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، تأليف: إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي (ت: ١١٦٢هـ)، تحقيق: أحمد القلاش، الطبعة: الرابعة، (١٤٠٥هـ)- مؤسسة الرسالة- بيروت : (٢/ ٥٦٧).

(٣) لانه عقد مسامحة وارفاق. ينظر: العزيز (٩/ ٣٧٦)، والبيان للعمراني (٥/ ٤٦٦).

(٤) سبق تخريجه قبل قليل.

(٥) لم أجده مرويّا بهذا اللفظ، وإنما رواه أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت٢١١هـ) في مصنفه، الطبعة: الثانية (١٤٠٣هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي: المكتب الإسلامي - بيروت -(٨/ ١٤٤)، ولفظه: «**تسلف النبي ﷺ** من رجل شعيراً فقضاه وزاده، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: هو نيل لك»، رقم (١٤٦٥٦). و البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٥٧٥)، رقم الحديث (١٠٩٤٠) بلفظ: «**أتى رجل رسول الله ﷺ** يسأله فاستسلف له رسول الله ﷺ شطر وسق فأعطاه إياه فجاء الرجل يتقاضاه فأعطاه وسقاً، وقال: نصف لك قضاء ونصف لك نائل من عندي».

(٦) الظاهر أنّ قصده الحديث الّذي رواه مسلم وسبق تخريجه: «**أنه ﷺ استسلف بكراً وردَّ رَباعيّاً، وقال: خيرُكم أحسنُكم قضاءً**». وينظر: روضة الطالبين (٤/ ٣٧).

(ولو شرَطَ أن يرُدَّ عن الصحيح المكسَّرَ) أو عن الرائج [الزيف] (أو يُقرضَه غيرَه) أي: يُقرضَ المقرضُ المستقرضَ غيرَما أخذَه الآن (لغا الشرطُ) أي: لا يعتبر ولا يُتَّبَع.

(وأصحُّ الوجهين أنّه لا يفسدُ العقدُ)؛ لأنّا إذا ألغينا فلم يبقَ له أثرٌ، فهو كما لم يشترط.

والثاني: أنّه يُفسد العقدَ؛ لأنّه مشروطٌ به، وإذا لغا الشرطُ لغا المشروطُ[1].

(ولو شرَطَ تأخيرَ القضاء وضرَبَ له أجَلاً فإن لم يكن للمقرِض فيه)[أي:]في التأخير والتأجيل (غرضٌ فهو كما لو شرَط ردَّ المكسَّر عن الصحيح) في كونِه لغواً، لا في جريان الخلاف في صحَّة العقد، ولا يلزمُه الأجلُ؛ لأنّ الإقراضَ للإرفاق بالمستقرِض، فيمتنع إلزامُه الأجلَ. (وإن كان فيه) أي: في التأخير والتأجيل (للمقرِض غرضٌ بأن كان المستقرض مليّاً) أي: غنيّاً - من الملو: بمعنى الذهاب والمجيء[2]؛ لأنَّ زمانَه يمرُّ على حسب إرادته- (والزمانُ زمانُ النهب) والغارة، ويخاف أنّه لو أخذه لذهب به الغارةُ (فهو كشرطِ ردِّ الصحيح عن المكسَّر)، والرائجِ عن الزيفِ، وردِّ الزيادةِ (في أظهر الوجهين)؛ لأنَّ فيه جرَّ نفعٍ، فيفسد الشرطُ والعقدُ معاً.

والثاني: يلغو الشرط، ولا يلزم الوفاءُ به، ويصحُّ العقدُ كالتأجيل بغير غرضٍ؛ إذ ليس كلُّ متوقَّعٍ حاصلاً، ولا كلُّ مخوفٍ واقعاً؛ إذ الأيّامُ لا تدور بإدارتنا، والأحكامُ لا تجري بإرادتِنا.

(ولا بأسَ) [في الإقراض] (بشرطِ الرهنِ والكفيلِ) والإشهادِ، وشرطِ الإقرارِ به عند الحاكم؛ لأنّها وثائقُ لا يزيدُ بها شيءٌ، مع أنَّ فيها رفعَ الخصومة، وإزاحةَ الشبهةِ.

واكتفى بلفظ الكفيل عن كفيل البدن وضامن المال.

---

(١) والشرط يلزم من عدمه عدم المشروط ، المستصفى (١ / ٢٦١).

(٢) لم أجد هذه المادّة المعتلّة اللام في المعاجم بمعنى الذهاب والمجيء، بل قال ابن فارس: الميم واللام والحرف المعتلّ أصل صحيح يدلُّ على امتدادٍ في شيءٍ زمانٍ أو غيره. وأملَيت القيدَ للبعير إملاءً، إذا وسَّعته. ينظر: مقاييس اللغة (٥/ ٢٨٢) مادّة: (ملو)، ويجوز أن تكون مهموزة قال الفيوميّ: " و رجل (مَلِيءٌ) مهموز أيضا على فعيل: غني مقتدر، و يجوز البدل و الإدغام، و (مَلُؤَ) بالضم (مَلاءَةً)، و هو (أَملأُ) القوم، أي: أقدرهم و أغناهم. المصباح (٢/ ٥٨٠).

وإذا لم يرهن المستقرض، أو لم يأتِ بالضامن أو الإشهادِ فللمقرِض الفسخُ واستردادُ المقرَض بلا خلافٍ يأتي في جواز الرجوع.

(**وأصحُّ القولين أنّ المقرَضَ يُملَك بالقبض**)؛ قياساً على سائر العقود من الهبة والبيع والقسمة، ولا يتوقّف على التصرُّف المزيل للملك: كالإعتاق والبيع والهبة مع القبض.

والثاني: أنّه يتوقّف على التصرُّف؛ لأنّه عقد ضعيفٌ ليس فيه مقابلةُ مالٍ بمالٍ ولا توصيفُ مالٍ على الذمّة، فلا يتحقّق [كونُه] في ملكه إلاّ بزوال ملكه عنه، فبه يتبيّن الملكُ قبله.

(**لكن**) استدراكٌ على الأصحّ (**لو أراد المقرِضُ الرجوعَ في المقرَض وهو باقٍ بحاله فأظهرُ الوجهين تمكينُه منه**)؛ لأنّه لم يقابله شيءٌ، ولم يهبه، فكأنّه موذوعٌ عند المستقرض.

والثاني: ليس له الرجوع قهراً، بل للمستقرض إمساكُه وردُّ بدله؛ لأنّه قد ملكه بالقبض، فصار كسائر أمواله.

ولو ردَّه بعينه وجب على المقرِض القبول.

وإنّما قيّد بقوله: " بحاله "؛ لأنّه لو لم يكن بحاله بل تعلّق به حقٌّ كأرش جناية، أو رهَنَه، أو كاتبَه فإنّه لا رجوع له حينئذٍ.

***

حكم زيادة المقرَض ونقصه

والزيادة المنفصلة تبقى للمستقرض، والمتَّصلةُ تتبع الأصلَ.

وإن نقَصَ فإن شاء أخَذَه ناقصاً بلا أرشٍ، وإن شاء أخَذَ بدَلَه صحيحاً. وقال الماورديُّ: إن شاء أَخَذَه مع الأرش، وإن شاء أَخَذَ مثلَه[1].

والله أعلم بالصواب.

---

(١) لكن هذا الحكم قرّره الماورديّ للقرض المتقوّم لا المثليّ، وفرّق بينهما بأنّ المثليّ لا مدخل للقيمة والأرش فيه. ينظر: الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٥).



كتابُ الرّهنِ

هـو في اللغـة: الحبـس والثبـوتُ: قـال الله تعـالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾. أي: محبوسـةٌ مثبتـةٌ. (المدثر:٣٨).

وفي الشرع: عبارةٌ عن حبس عينٍ وثيقةً لاستيفاء دين، فيتضجّر الراهن بحبس عينٍ من مالِه، فيُسارع إلى إيفاءِ الدَّين فيفكُّ العينَ فينتفعُ ويصلُ المرتهِنُ إلى حقِّه.

وثبت ذلك بالكتاب والسنّة والإجماعِ:

أمّا الكتابُ: قال الله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[1]، أمرٌ بصيغة الإخبار، فيصلح دليلاً، أي: إن كنتم مسافرين ولم تجدوا كاتباً فارتهِنوا رهناً مقبوضةً وثيقةً لأموالكم[2].

وأمّا السنّةُ: فقد روي: «أنه ﷺ رهَنَ درعَه عند [أبي الشحم] اليهوديّ بالمدينة»[3]، و

---

(١) سورة البقرة:الآية: (٢٨٣).

(٢) أمر الله تعالى عند عدم الكاتب بأخذ الرهن ليكون وثيقة بالأموال. تفسير الواحدي (١/ ١٩٥).

(٣) رهنُ رسول الله درعَه عند يهوديّ متّفقٌ عليه: رواه البخاري، رقم (٢٥٠٩) ومسلم، رقم (١٢٤- (١٦٠٣). وهذا اليهودي هو أبو الشحم رجل من بني ظفر بيَّنه الشافعيُّ ثم البيهقيُّ، لكن حديثهما منقطع، ينظر: مسند الشافعي (١/ ١٣٩)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٣٧)، وفتح الباري شرح صحيح البخاري تأليف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، طبع: (١٣٧٩هـ)- دار المعرفة - بيروت: (٥/ ١٤٠).

«أنه ﷺ بعث والناسُ يتراهنون فأقرَّهم عليه»[١]. والإجماعُ منعقِدٌ عليه[٢].

أركانُ الرّهنِ

وأركانُه: المتعاقدان، والمعقودُ عليه، والصيغة، بدأ بالصيغة؛ لأنّها أوّلُ ما يكون به العقدُ، فقال: (لا يصحُّ الرّهنُ إلاّ بالإيجابِ) من الراهن، كقوله: رهنتُ عبدي هذا بدينِ كذا، أو جعلتُ هذا وثيقةَ كذا، وما أشبهَ ذلك (والقبولِ) من المرتهِن، بأن يقولَ: ارتهنتُ عبدَك بكذا دَيني عليك، أو أخذتُه وثيقةً لديني عليك، ونحوِ ذلك، وذلك لأنّه عقدُ وثيقةٍ لا بُدَّ فيه من لفظٍ يدُلُّ عليها.

وفي جوازِها بالمعاطاة، وتقدُّمِ لفظِ المرتهِن، وقيامِ لفظِه مقامَ القبول وانعقاده بالكنايات ما مرَّ في البيع بلا فرقٍ[٣].

(وإذا شرَطا) أي: الراهنُ والمرتهِنُ (شرطاً فيه) أي: في العقد (نُظِر: إن كان) الشرطُ (من مقتضاه) أي: ممّا يقتضيه العقدُ (كشرطِ تقدُّمِ المرتهِن على الغُرَماءِ) أو شرطِ بيعه عند الحاجة (أو كان) الشرطُ (من مصالحه كشرطِ الإشهادِ) أو شرطِ الإقرار عند الحاكم، فيقرّ المرتهن عنده أنّي إنّما أخذتُ الشيءَ الفلانيَّ رهناً لا في الدَين[٤]. (أو كان ممّا

---

(١) رواه ابن أبي شيبة: أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (ت:٢٣٥هـ) في المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الطبعة: الأولى (١٤٠٩هـ) - مكتبة الرشد - الرياض: (٧/ ٢٥١)، رقم (٣٥٧٨٠)، و(١٢/ ٥٠٠) رقم (٣٤٢٤٤)ولفظه: «عن الزهري قال: كانوا يتراهنون على عهد النبيﷺ»، قال الزهري: وأول من أعطى فيه عمر بن الخطاب.إ. هـ. ولكن التراهن هنا ليس بمعنى الرهن المعهود، بل بمعنى المسابقة على الدوابّ، وليس فيه: "فأقرّهم عليه".

وأمّا المناحبة بين أبي بكر • وأبيّ بن خلف فإنما هي قمار؟ وكان ذلك قبل تحريمه. ينظر: الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، تأليف: أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: عبد الرزاق المهدي - دار إحياء التراث العربي - بيروت: (٣/ ٤٧٢).

(٢) ينظر: كتاب الإجماع لمحمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري أبو بكر (ت:٣١٨هـ)، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، الطبعة الثالثة (١٤٠٢هـ) - دار الدعوة - الإسكندرية (١/ ٩٦)، ومراتب الإجماع، تأليف: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبي محمد (ت: ٤٥٦هـ) دار الكتب العلمية - بيروت (١/ ٦٠). و كفاية النبيه (٩/ ٣٩٥).

(٣) مرّ ذلك في أوّل كتاب البيع..

(٤) أي: عن بدل الدين. منه.

لا يتعلّق به غرضٌ صحيحٌ) كأن لا ينامَ إلاّ في المساح[1] أو الزِلِّية[2]، أو لا يأكلَ إلاّ خبزَ الشعير، أو لا يلبسَ إلاّ لِبسةَ الصلحاء **(لم يؤثّر في بطلان العقد)**؛ لأنّ الأخير لاغيةٌ لا اعتبار به، وما يقتضيه العقدُ مجزومٌ به وإن لم يُشرَط، وما هو من مصالح العقد فهو لإتقان العقد ورفعِ الخصومات، فهو معتبَرٌ يجب الوفاءُ به.

(وإن كان) الشرطُ **(غيرَ ذلك)** أي: غيرَ ما كان من مقتضيات العقد أو مصالحه أو ممّا لا يتعلَّق به غرضٌ **(فإن كان)** الشرطُ **(ينفعُ الراهنَ ويضُرُّ المرتهنَ كشرطِ أن لا يبيعَ المرتهنُ المرهونَ عند الحاجة)** وهو حلول الأجل وعدمُ الأداءِ **(فسد الرهنُ)**؛ لأنّ المقصود من الرهن توثيقُ المرتهن وتضجُّر الراهن، وهما ينتفيان عند ذلك الشرطِ، فيكونان بمنزلة المودَع والمالك.

(وإن كان) الشرطُ **(ينفع المرتهنَ ويضُرُّ الراهنَ كشرطِ أن يكونَ زوائدُ المرهون)** من الثمر والبيض واللبن والولد **(أوالمنافعُ)** كأجرةٍ **(مملوكةً للمرتهِن :فالشرطٌ باطلٌ)**؛ لإفضائه إلى أكل الأموال لا بطريق من طرُق الشرع؛ لأنَّ هذا الشرطَ ليس في كتاب الله وسنّة [رسوله، فأبطله] قولُه تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم ﴾ الآية ، وقولُهﷺ: «**كلُّ شرطٍ ليسَ في كتابِ الله فهو باطلٌ**»[3](البقرة:١٨٨) .

(وكذا) فسد **(الرهنُ على الأصحِّ)** من القولين؛ لتعليق العقد بما فيه تغييرٌ لمقتضاه، وقد فسد المعلّقُ عليه، فيفسد المعلّقُ بفساده قياساً مطَّرداً[4].

---

(١) المِساح: جمع مِسح بكسر الميم وإسكان السين المهملة وبالحاء المهملة، وهو ثوب من الشعر غليظ معروف، وجمع قلته أمساح، وجمع كثرته: مسوح، ويقال له: البلاس بفتح الباء الموحدة. ينظر: تهذيب الاسماء (٣/ ٣١٥)، ولسان العرب (٢/ ٥٩٦)، وتاج العروس (٧/ ١٢٢).

(٢) الزِّلِّيَّةُ: بكسر الزاي كجِّنِّيّة، والجمع: الزَّلاليُّ، معرَّب زيلو، وهي: نوع من البسط. ينظر: القاموس المحيط (١/ ١٦٦٧) مادّة:)زلي(، فصل الزاي، باب الواو والياء، والمصباح المنير: (١/ ٢٥٥) مادّة: (زلّ).

(٣) متفق عليه، رواه البخاريُّ، رقم (٢١٦٨)، باللفظ القريب من لفظ الكتاب، وهو: «ما كان من شَرطٍ ليس في كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»، ورواه مسلم، رقم (٨- ١٥٠٤)، بلفظ: «ما كان من شَرطٍ ليس في كِتَابِ اللَّهِ عز وجل فَهُوَ بَاطِلٌ».

(٤) أي: القاعدة الفقهية: المبني على الفاسد فاسد. ينظر: قواعد الفقه (١/ ١١٧)، رقم (٣٠٢)، وغمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لزين العابدين ابن نجيم المصري ، شرح السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي (ت:١٠٩٨هـ)، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت (٤/ ١٥٩).

والثاني: أنّه لا يفسد الرهنُ؛ لأنّه رهنُ [التبرُّع] فلا يتأثّر بفساد الشرط، فيُجعل كأنّ الشرطَ لم يكن.

ورُدَّ بأنّ قضيَّة التعليق تنافي ذلك.

(**ولو شرَط أنَّ ما يحدثُ من الزوائد**) كالنتاج والثمرة والبيض (**مرهونةٌ**) كالأصل (**فأصحُّ القولين فسادُ الشرطِ**)؛ لجريانه على معلومٍ ومجهول، فلا ينعقد.

والثاني: صحّتُه؛ بناءً على التسامُح بها، فلو قلنا به فهل تُجعل رهناً؟ وجهان:

الأصحُّ أنّها تُجعل رهناً؛ بناءً على المسامحة.

(**وأنّه**) [أي:] والأظهر أنّه (**إذا فسد الشرطُ**) مما ذكرنا (**فسد العقدُ**)؛ قياساً مطّرداً في المعلّق والمعلّق عليه.

والثاني: أنّه لا يفسد العقد؛ لأنّ الشرطَ لّما لغى؛ لوروده على معدوم فكأنّه لم يكن في أصله، وعلى هذا فتكون الزوائدُ في يده أمانةً.

شروط عاقدَي الرهن

(**فصلٌ: يُعتبَر**) أي: يُشترَط (**أن يكون المتعاقدان**) أي: الراهنُ والمرتهِنُ (**مكلَّفَين**) [أي:] عاقلَين بالغَين (**مطلقَي التصرُّف**) [غيرَ سفيهَين] ولا عبدَين، (**فلا يرهنُ الوليُّ**) أباً كان، أو جدّاً، أو وصيّاً[1] من جهتهما، أو حاكماً، او أمينَ الحاكم، أو محتسِباً[2] عند [عدمِ الكلِّ] (**مالَ الصبيِّ والمجنونِ، ولا يرتهنُ لهما إلاّ لضرورةٍ**) فيجوز الرهنُ والارتهانُ حينئذٍ.

مثالُ الرهن للضرورة: أن يرهنَ مالهما فيما يستقرض لهما؛ لحاجة النفقة [أو الكسوة]؛ ليوفيَ ما استقرض ممّا سيكون من بعدُ، كدينٍ بعد حلول أجله، أو متاعٍ كاسدٍ لهما يتوقّعُ إنفاقه رائجاً.

---

(١) الوصي: من يوصى له، ومن يقوم على شؤون الصغير. ومن العرب من لا يثنى ولا يجمع الوصي، والأنثى وصي أيضا، (ج): أوصياء. المعجم الوسيط (٢/ ١٠٣٨).

(٢) هُوَ مَن يُوَلِّيهِ الإمَامُ أو نَائِبُهُ لِلقِيَامِ بِوَظِيفَةِ الأَمرِ بِالمَعرُوفِ وَالنَّهيِ عَنِ المُنكَرِ وَلِلنَّظَرِ فِي أَحوَالِ الرَّعِيَّةِ وَالكَشفِ عَن أُمُورِهِم وَمَصَالِحِهِم ينظر: معالم القربة في طلب الحسبة – تأليف: ضياء الدين مُحَمَّدُ بنُ مُحَمَّدِ بنِ أَحمَدَ القرشي (ت:٧٩٢هـ): (١/ ٢)، والمفصل في شرح الشروط العمرية (١/ ٢٨٨).

ومثالُ الارتهان لهما: هـو أن يبيعَ مالَهما مؤجّلاً، أو يُقرضَـه لخوف غـارةٍ، أو أخذِ ظـالمٍ، أو إصابـةِ آفـةٍ كحنطـةٍ وشـعيرٍ يخـاف وقـوعَ السـوسِ فيهـما، أو غبطـةٍ ظاهـرةٍ يعـرف كلُّ حـازمٍ أو غبـيّ كونَهـا غبطـةً.

مثالُ الرهـنِ للغبطـةِ: أن يرهـنَ [مـن مالهـما مـا يسـاوي ألفـاً مثـلاً بثمـن مـا اشـتراه لهـما بألـفٍ نسـيئةً وهـو يسـاوي ألفـين.

ومثالُ الارتهـان لهـا: هـو أن يرتهِـنَ] بثمـن مـا [يبيـع] مـن مالهـما نسـيئةً بغبطـةٍ، بـأن يبيـع مـا يسـاوي مائـةً نقـداً بمائتـين نسـيئةً، فيجـوز للـوليِّ الرهـنُ والارتهـانُ في هاتـين الحالتـين دون غيرهمـا.

(ويشـترطُ في المرهـون أن يكـونَ عينـاً) [أي: موجـوداً حـاضراً]؛ ليتوثَّـق بـه الدَّيـنُ، ويكـونَ مقـدوراً عـلى تسـليمه عنـد الحاجـة **(في أصـحِّ الوجهـين)**؛ لـما ذكرنـا، **(فـلا يصـحُّ رهـنُ الدَّيـن)** لأنّـه غـيرُ موثـوقٍ فكيـف يوثَّـق بـه غـيرُه ؟، ولأنَّ تسـليمَه غـيرُ ممكـنٍ عنـد العقـد، وتسـليمُ المرهـون واجـبٌ.

والثـاني: يصـحُّ رهـنُ الدَّيـن: بـأن يقـول: رهنـتُ دَيني كـذا عـلى فـلانٍ بدَينـك عـليَّ، فـإذا حـلَّ أجـلُ دَينـك فخـذ دَينـي الّـذي عـلى فـلانٍ وبـع في دَينـك؛ لأنّـه ينـزّل منـزلةَ العـين في الوثيقـة، وإن لم ينـزل [منـزلتَها] في التسـليم.

ويؤخـذ مـن عـدم جـواز رهـن الديـون عـدمُ جـواز رهـن المنافـع: بـأن يقـول: رهنـتُ سـكنى داري هـذه شـهراً بدَينـك كـذا؛ لأنّـه إن دفَـع إليـه الـدار فقـد اسـتوفى المنفعـة تمليكـاً، وهـو خـلافُ مقتـضى الرهـنِ، وإن لم يدفـع فاتـت المنفعـةُ فـلا اسـتيثاقَ.

(ولا يشـترطُ فيـه) أي: في الرهـن **(الإفـرازُ)** أي: كونُـه مفـرَزاً، أي: لا شركـةَ لغـيره فيـه **(بـل يصـحُّ رهـنُ الشـائع)** أي: المشـترَك؛ لأنّ الاسـتيثاقَ يحصـلِ بـما يخـصُّ بالراهـن؛ لإمكـانِ توفيـةِ حـقِّ المرتهـنِ منـه إذا بيـع.

ولا فـرقَ بـين أن يكـون المرتهـنُ شريكـاً أو غـيرَه، بـل يجـوز بغـير إذن الشريـك، وتسـليمُه بتسـليم الـكلِّ.

قال النوويُّ في الروضة: إن كان الشائعُ ممّا لا يُنقل خلّى الراهنُ بين المرتهن وبينه، وإن كان ممّا يُنقَل فلا بدَّ في قبضه من النقل، ولا يجوز نقلُه بغير إذن الشريك وإن جاز رهنُه بدون إذنه، فإن أذِن فذاك، وإلاّ فإن رضي المرتهِن أن يكونَ في يدِ الشريك ويكون الشريكُ نائبَه في القبض، وإن تنازعا نصَب الحاكمُ عدلاً يكون في يده للشريك والمرتهن(١).

(وتُرهَن الأمُّ دون الولد، وبالعكس)؛ لأنّ مجرَّدَ الرهن ليس فرقةً؛ لأنّهما معاً عند المرتهن، لكن لو لم يرضَ المرتهنُ باجتماعهما عنده لم يجُز.

(ثُمَّ إن مسّتِ الحاجةُ إلى البيع) بأن حلّ الأجلُ ولم يؤدِّ الراهنُ الدَّينَ (فيُباعان معاً)؛ حذراً عن التفريق المنهيِّ عنه، (ويوزَّع الثمنُ على قيمتهما) فما يُقابل المرهونَ أمّاً أو ولداً يُدفع إلى المرتهن.

(والأظهرُ) من الوجهين (في كيفيّة التوزيع أن تُقوَّمَ الأمُّ وحدها، ثُمَّ تُقوَّمَ مع الولد) فما زاد بعد تقويمهما معاً فهو قيمةُ الولد، فإن كانت الأمُّ وحدها تُساوي ثمانمائةٍ، ومع الولد تُساوي ألفاً فيُدفع أربعةُ أخماس الثمَن إلى المرتهن، وخُمسُه إلى الراهن،؛ لأنّ أربعةَ أخماسه تخصُّ المرهونَ.

والثاني: يقوَّم كلُّ واحدٍ منفرداً، ويُضبَط مبلغُ القيمتين، ويجعل كلُّه [لما يخصّه]: فقيمةُ الأمِّ للمرتهن، والولدِ للراهن.

وردَّ بأنّ [تقويمَ الولد] وحده يؤدِّي إلى قلّة الرغبة فيه؛ لكونِه في معرض الضياع.

ولو قال: "يقوَّم المرهونُ وحده" لكان أولى؛ ليشمل ما لو كان الولدُ مرهوناً، فإنّه يُقوَّم هو أوّلاً على الأظهر ثمّ مع الأمِّ فما زاد فهو قيمةُ الأمِّ، لكن اكتفى بمثال الأمّ؛ لأنّه الغالبُ في الارتهان.

(ورهنُ العبدِ المرتدِّ والجاني كبيعهما) فيجوز رهنُ المرتدِّ؛ لجوازِ بيعِه، والعبدِ الجاني إن تعلّق بذمّته. وإن تعلّق برقبته فيُنظر إلى كونِ السيّد معسراً أو موسراً، فيُعملُ على ما

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٣٩).

هو المشهورُ في البيع، لكن برهنه لا يكون مختاراً للفداء، بخلاف ما لو باعَه.

والفرقُ: أنّ محلّ الجناية باقٍ في الرهن دون البيع، فإن كان المتعلّق برقبته قصاصاً ولم يُقتل إلى الحلول بيع في الدَّين، ثُمَّ إن قُتل عند المشتري فيُرجَع على الراهن دون المرتهن.

(ورهنُ العبد المدبّر) أي المعلّق عتقُه بموتِ السيّد **(باطلٌ على الأرجح من الخلاف)** في أقوال الطريقين؛ لنقصان الوثيقة بإمكان وقوعِ الموتِ قبلَ الحلول، فيكون على غررٍ.

والثاني: يصحُّ؛ إذ الأصل استمرارُ الحياة وبقاءُ الرقِّ إلى الحلول، هذا طريقُ العراقيّين.

والطريقُ الثاني: القطعُ بالبطلان.

ولا يقيّد الخلافُ بما إذا كان الدَّين مؤجَّلاً: بأن يجريَ في الدَّين الحالِّ؛ لما فيه من الغرر بموت السيّد فجاءةً.

(وكذا) باطلٌ على الأرجح[1] **(رهنُ العبد المعلّقِ عتقُه بصفةٍ يجوز)** أي: يمكن **(أن يتقدَّمَ)** تلك الصفةُ **(على حلول الدَينِ ويجوزُ أن يتأخّرَ)**؛ بعين ما ذكرنا[2]، إلاّ في كون الدَّين حالاً، فإنّه يجوز هنا جزماً دون ثَمّة.

(وإذا رهَن ما يتسارعُ إليه الفسادُ فإن أمكن تجفيفُه كالرطب) والعنب حيث يتزبّب **(فَعَل)** أي: جفّف، والرهنُ بحاله، والجفافُ ومؤنتُه على المالك.

(وإلاّ) أي: وإن لم يمكن تجفيفُه كالمَرَقة والريحان **(فإن رَهَنَه بدينٍ حالٍّ صحَّ)**؛ لإمكان بيعه في الدَّين إن لم يؤدَّ من موضعٍ آخر **(ثُمَّ)** أي: بعدما حُكم بصحّة الرهن **(إن لم يُبع في الدَّين)** أي: في جنسه ونوعه؛ لعدم الراغب فيه، [أو لفقد] جنس الدَّين ثَمّة **(بيع)** بما يتّفق بيعُه به من غير جنس الدَّين **(وجُعل الثمن رهناً مكانَه)**؛ توفيراً لرعاية الجانبين، وهو حفظ المال عن الفوات وإبقاءُ وثيقة المرتهن.

(وإن رهنه) [أي:] ما يتسارع إليه الفساد **(بمؤجّلٍ وعُلم حلولُ الأجل قبل فساده)** بأن كان الأجلُ يوماً والمرهونُ رُطباً أو عنباً **(فهو كرهنِه بدَينٍ حالٍّ)** ففيه التفصيل.

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٤١٣).

(٢) أي: بالدليل الذي ذكرناه وهو: لما فيه من الغرر.

(وإن عُلم فسادُه قبل الحلول) بأن كان الأجلُ عشرة أيّام والرهن عنبٌ مقطوفٌ، أو ريحانٌ مقلوعٌ (فإن شُرط في الرهن بيعُه عند خوف الفساد وجعلُ الثمنِ رهناً مكانه صحّ) الرهنُ (ج٤٤و) (ولزم الوفاءُ بالشرط) فإن بيع في جنس الدَّين فيجوز ان يجعل رهناً مكانه إلى الحلول، وإن عجّل وأدّى وقبل المرتهنُ صحّ.

(وإن شُرط منعُه) أي: منعُ البيع عند خوف الفساد (لم يصحَّ) الرهنُ؛ لانتفاء الوثيقة، وإفضائه إلى فوات المال بلا فائدةٍ.

(ولو لم يُشترَط لا هذا) أي: منعُه (ولا ذاك) أي: بيعُه (لم يصحَّ) الرهنُ (في أصحِّ القولين)؛ لأنّ الأمر لايخلو عن أمرين: إمّا بيعُه عند خوف الفساد قبل المحلِّ، وإمّا إبقاؤه ليفسدَ، فالأوّل ليس [من مقتضيات العقد]، والثاني نصّ في أنّه لا يمكن استيفاء الحقّ من المرهون عند المحلِّ.

والثاني: يصحُّ الرهن، ويباع عند خوف الفساد ويجعل ثمنُه رهناً مكانه؛ لأنّ الظاهر أنّ الراهن لا يقصد إهلاكَ ماله فيحمل إطلاقُه على الظاهر.

هذا هو الأظهر عند الخراسانيّين، وأعزاه[1] في الصغير على الأكثرين، [وإليه مال] النوويُّ في الروضة[2].

وإنّما تبع المصنّف في الكتاب جمهورَ العراقيّين على وفق ما نقله في الكبير عنهم[3].

(ولو لم يُعلم أحدُ الأمرين) أي: حلولُ الدَّين قبل الفساد، أو الفسادُ قبل الحلول (فأصحُّ القولين عند الإطلاق) بأن لم يشرط البيع ولا منعه ورَهَنه ساكتاً عنهما (الصحّةُ)؛ إذ الأصلُ عدمُ الفساد وبقاءُ الرهن.

والثاني: عدمُ الصحّة؛ لابتناء العقد على الغرر؛ تنزيلاً للجهل بالفساد منزلةَ العلم به

---

(١) في النسخ المخطوطة التي حصلت عليها: "واعزاه.....على الاكثرين"، وليس في المعاجم إلا: عَزاهُ إلى أبيهِ يَعزُوهُ عَزواً: ، وعَزا لَهُ واعتَزَى وتَعَزَّى كلها بمعنى نَسَبَه إليه، أو انتسب إليه. ينظر: تاج العروس (٣٩/ ٣٧).

(٢) الروضة (٤/ ٤٣).

(٣) عبارة الشرح الكبير: (والثاني) لا يصح؛ لأنّه مرهون لا يمكن استيفاء الحقّ منه عند المحلّ، والبيع قبله ليس من مقتضيات الرهن، وهذا أصحّ عند أصحابنا العراقيين، وميل من سواهم إلى الاول. العزيز بهامش المجموع (١٠/ ١١)

كالمعلّق عتقُه بصفة يجوز أن يتقدّم على الحلول وأن يتأخّر فإنّهما في المعنى سيّان، ومن يقول بافتراق الحكمين فليبيِّن.

(**وإذا رَهَن ما لا يتسارعُ إليه الفسادُ**) كأنواع الحبوب والتمر والزبيب (**فطرأ ما يُعرِّضُه**) أي: يُهيّؤه ويُقرِّبُه ويجعلُه معرَّضاً (**للفساد**) قبل حلول الأجل (**كالحنطة تبتلُّ**) ولم يمكن تجفيفُها قبل التعفُّن؛ لبرودة الزمان، أو كثرة تأثيرها بالبلل (**فلا ينفسخُ الرهنُ بحالٍ**) سواءٌ أمكن بقاؤها إلى الحلول، أم تُيُقِّن فسادُها قبله، وسواءٌ شُرط بيعُها لو عرَض عارِضٌ، أو لم يُشترَط.

وفسّر بعضُهم "بحالٍ" أي: جزماً. وعلى هذا فيُجبَر الراهنُ على بيعها وجعلِ الثمنِ مكانَها؛ حفظاً للوثيقة.

ولو كان طريانُ ذلك قبل القبض ولم يمكن التجفيفُ فهل ينفسخ الرهنُ؟

قال الإصطخريّ: ينفسخ؛ لأنّه لم يلزم الرهنُ بعدُ وخرج عن الوثيقة.

وصحّح المصنّفُ والنوويُّ عدمَ الانفساخ[1].

وقال النوويُّ: يُجبَر الراهنُ على البيع وجعلِ الثمن مكانَه كما لو طرأ بعد القبض[2].

ولو كان المرهونُ عصيراً فتخمّر بعد القبض فإن قال أهلُ الخبرة: يتخلّلُ قبل الحلول بقي الرهنُ كما كان، وإن قالوا: لا يتخلّلُ أصلاً، أو لا يتخلّلُ إلاّ بعد الحلول فالأصحُّ أنّ الرهن لا يبقى.

وقيل: يلزم على الراهن أن يرهن مكانه ما يساوي قيمةَ العصير؛ حفظاً للوثيقة.

(**ويجوز أن يستعيرَ مالَ الغير ليرهنَه**) بدَينه؛ إذ الغرض من الرهن الاستيثاقُ، فمالُ الراهنِ وغيرِه سيّان عند المرتهِن؛ لحصولِ غرضِه بأيّهما كان.

(**وسبيلُه**) أي: سبيلُ هذا العقد (**سبيلُ العارية**) أي: باقٍ على عاريته، ولم يخرج منها إلى ضمان الدَّين (**في المستعار، وإن أجازوا بيعَه في الدَّين على أحد الوجهين**)[3]؛ إبقاءً له

---

(١) الروضة (٤/ ٤٤)، وفيه: قلت، الأرجح أنه لا ينفسخ. والعزيز، طبع دار المعرفة (١٠/ ١١).

(٢) حيث قال: وهذا الذي قطع به من أنه إذا لم ينفسخ يباع وهو المذهب. ينظر: الروضة (٤/ ٤٤).

(٣) في المحرر المطبوع: القولين، وهو الصحيح لما في مغني المحتاج (٢/ ١٢٥).

على ما يقتضيه اللفظُ، فللمعير الرجوعُ متى شاء، ويجري فيه أحكامُ سائر العواري.

(وسبيلُ الضمان في أصحِّهما) أي: يخرج عن كونها عاريةً إلى ضمان الدَّين في المستعار؛ لأنَّ المالكَ إذا علم أنّه إنّما يستعار منه ليُرهَن بدَين الغير علم أنّه يباع فيه عند الحاجة فليس له الرجوع بعد القبضَ كما يأتي؛ لإطماعه المرتهنَ في الوثيقة وغيره (لكنّه) أي: ذلك الضمانَ (ليس التزاماً في الذمّة) أي: ذمّةِ المعير؛ لعدم ما يدلُّ على ذلك من الألفاظ (بل هو ضمانُ دَين الغير في رقبة ذلك المالِ) وذمّةُ المالك فارغةٌ عن الدَّين، فيكون المستعارُ بمنزلة عبد أُذن له في ضمان مال الغير، فيباع عند الحاجة، وذمّةُ المالك فارغةٌ بمعنى أنّه لا يجب أداءُ المضمون به إلاّ من هذا المال، فلو تلف لا يلزمه الأداءُ [من سائر أمواله].

(وعلى هذا) أي: على [هذا] القول بأنّ سبيلَه سبيلُ الضمان (فلا بدَّ من ذكر جنس الدَّين) من كونه عرضاً أو نقداً، والعرضِ ثياباً أو حيواناً، والنقدِ دراهمَ أو دنانيرَ، (وقدرِه) من كونه عشرين أو عشرةً، وكذا قيمة العرض وصفته، وذلك إنّما يكون في دَين السلم والإقراض، (وصفتِه) من كونه صحاحاً أو مكسّرة، معقليّاً أو برنيّاً؛ لأنّه بمنزلة الضمان، وفي الضمان يجب العلمُ بذلك كلِّه، ويقاس على ذلك ذكرُ الحلول والتأجيل وبيانُ قدر الأجل (وكذا ذكرُ المرهون عنده) من كونه زيداً أو عمراً أو غيرَهما، فإن لم يُعرف بعينه فيُرتقى في أوصافه ونسَبه ليتميَّزَ عن غيره (في أصحِّ الوجهين)؛ إذ الطبائع مختلفةٌ في المماكسة[1] والتقويمات، والمؤاخذة في الإيفاء [والاستيفاء]، فربّما يكون المرهون عنده ممّن يبيع متاعه في دَينه كاسداً وهو لا يرجع إلاّ بما بيع به فيُغبن به.

والثاني: لا يشترط ذكرُ المرهون عنده؛ إذ لا مطالبة له على المالك ليتفاوت تقاضيه، فشأنُه والمستعارَ.

---

(١) المماكسة في البيع: انتقاص الثمن واستِحطاطُهُ، والمنابذة بين المتبايعين، وفي حديث ابن عمر: لا بأس بالمُماكَسَة في البيع، والمَكس: النقص، والمكس: انتقاص الثمن في البياعة، ومنه أُخِذَ المَكّاس؛ لأنه يَستَنقِصُه. لسان العرب (٦/ ٢٢٠).

ولو قلنا بالعارية فلا يشترط شيءٌ ممّا ذُكر، لكن لو عيّنا شيئاً ممّا ذُكر لم يجز مخالفتُه باتّفاق القولين إلاّ إذا خالف بأقلّ: بأن عيّنا قدراً فرضي بأقلّ. قال **النوويّ**: وعلى القول بالعارية يرهن عند الإطلاق بأيِّ جنسٍ شاء، وأيِّ قدرٍ شاء، وبالحالِّ والمؤجّلِ[1].

وقولهم: "أيّ قدرٍ شاء" مفروضٌ فيما إذا لم يزد الدَّينُ على قيمة المستعار، فإن زاد لم يجز؛ لأنّ فيه ضرراً، وهو أنّه لا يمكنه فكُّه إلاّ بقضاء جميع الدَّين[2].

(**ولو تلف في يد المرتهن**) بلا تعدٍّ ولا تقصيرٍ منه (**فلا ضمانَ**) على كلِّ واحد من الراهن والمرتهن: أمّا على الراهن؛ فلأنّ تلفه لا يفيد إسقاط الدَّين عن ذمّته، وأمّا على المرتهن فلأنَّ يدَه يدُ أمانة. ولو أتلفه أجنبيٌّ أُخذ بدلُه ويُجعل رهناً مكانَه.

ويُوهم قولُه: "في يد المرتهن" أنّه لو تلف في يد الراهن وجب الضمان عليه، وهو وجهٌ، والأصحُّ أنّه لا يجب الضمانُ أيضاً.

ولو قلنا بالعارية وجب الضمان على الراهن سواءٌ تلف قبل قبض المرتهن أو بعده، ولا ضمان على المرتهن بحالٍ إلاّ إذا تعدّى بالاستعمال وغيره.

(**ولا رجوع للمالك بعد قبض المرتهن**)؛ لتعلُّق حقِّه برقبة ذلك المال؛ تفريعاً على القول بالضمان. ويفهم منه أنّه لو قلنا بالعارية فله الرجوع بعد قبض المرتهن كما ذكرنا، لكن صحّح النوويُّ وتابعوه أنّه لا رجوعَ له، وإلاّ لم يكن لهذا الرهن معنىً[3].

وأمّا قبل قبض المرتهن فله الرجوع على القولين.

(**وإذا حلّ أجلُ الدَّين، أو كان الدَّينُ حالاً فيراجع المرتهنُ المالكَ للبيع**) لئلاّ يُتَّهمَ بالبيع كاسداً، ويسمّى ذلك إذناً جديداً (**ويباع بإذنه إن لم يؤدِّ**) الراهنُ (**الدَّينَ**)، فإن لم يأذن باعه الحاكمُ أو مأذونُه بنقد البلد حالًّا كالوكيل وإن قلنا بالعارية على القول بعدم الرجوع [فيها]. وإن قلنا بالرجوع فلا يجوز للحاكم أيضاً إلّا بإذنه.

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٥٢).

(٢) حيث أجمعوا أنه من رهن شيئاً أو أشياء بمال، فأدى بعض المال، وأراد بعض الرهن، أن ذلك ليس له، ولا يخرج من الرهن شيء، حتى يوفيه آخر حقه، أو يبرأ من ذلك.: الإجماع لابن المنذر (١/ ٣٢).

(٣) الروضة (٤/ ٥٠).

(ثُمَّ يرجع المالكُ عليه) أي: على الراهن (بما بيع به) زاد على قدر قيمته، أو نقص، أو ساواه، لكن لو بيع بغبنٍ لا يتحامله الناسُ رجع به، هذا على القول بالضمان.

وعلى قول العارية يرجع بقيمته إن بيع بها فيها، وإن بيع باقلّ أتمّ، بأكثر لم يرجع بما زاد على الأصحّ عند الأكثرين؛ كما هو شأن العواري؛ فإنّها تُضمن بالقيمة.

ونقل المصنّف عن القاضي أبي الطيّب [1]: أنّ الزيادة له أيضاً؛ لأنّه ثمنُ ملكه، واستحسنه، وقال النوويُّ في الروضة: وهو الصوابُ [2].

شروط المرهون به

(فصلٌ: يُشترط في المرهون به أن يكونَ دَيناً)؛ ليُمكن استيفاؤه من ثمن المرهون به، وهو الغرض الأهمُّ من الرهن (فلا يصحُّ الرهنُ بالأعيان)؛ لتعذُّر استيفاء تلك العين [بعينها] من ثمن المرهون، [فينبني على هذا التعليل أنّ المسلَم فيه والمُقرَض ليسا ممّا لا يجوز الرهنُ به؛ لإمكان استيفائهما من ثمن المرهون؛] لأنّهما على الذمّة.

ولّما كان في الأعيان المضمونة خلافٌ أكّد وبالغ بقوله: (وإن كانت) أي: تلك الأعيانُ (مضمونةً) أي: محكوماً بها أن تُضمَن، أو من شأنها أن تُضمَن (كالمستعار والمغصوب) والمأخوذ سوماً (على الأصحِّ) من الوجهين؛ لما مرَّ من تعذُّر استيفاء تلك الأعيان من الثمن، فلا وثيقةَ في الرهن بها.

والثاني: يجوز؛ لأنّ الرهنَ بها كالضمان تلجئةً بالرهن إلى ردِّها، وكفى به وثيقةً.

وأجيب: بالفرق بأنّ ضمانَها لا يُفضي - لو لم تتلف - إلى ضررٍ، بخلاف الرهن؛ فإنّها

---

(١) القاضي أبو الطيب الطبري طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر، أحد حماة المذهب، عنه أخذ العراقيون، والعراقيون إذا أطلقوا لفظ القاضي يعنونه، ولد بآمل طبرستان سنة (٣٤٨هـ). من شيوخه أبو الحسن الماسرجسي وأبو الحسن الدار قطني والقاضي ابن كج، ومن تلاميذه الخطيب البغدادي وأبو إسحاق الشيرازي، ومن مؤلفاته شرح مختصر المزني والتعليقة الكبرى، استوطن بغداد بعد تفقهه فدرّس وأفتى= وولي القضاء ولم يزل قاضيا إلى أن مات سنة (٤٥٠هـ). ينظر :طبقات الشافعية الكبرى (٣/ ٦٣-٨٦)، رقم (٤٢٣)، وطبقات الشيرازي ط.بغداد(١٠٦-١٠٧) وط. بيروت، تحقيق عادل نويهض، (١٢٧-١٢٨)، وطبقات ابن هداية، ط. بغداد(ص٥١) وط. بيروت، تحقيق عادل نويهض (ص١٥٠-١٥١) .

(٢) العزيز (١٠/ ٢٨)، وروضة الطالبين (٤/ ٥١).

يُفضي إلى ضرر، وهو دوامُ الحجر في المرهون دوامَ بقائها في أيديهم.

(ويشترط أن يكون المرهون به ثابتاً) أي: [متحقّقاً حصولُه زمانَ الرهن] **(فلا يجوز أن يرهن بما يستقرضه، أو بثمن ما يشتريه من بعدُ)**؛ لأنّ الوثائق لا تتُقدَّم على الحقوق، كالشهادة بما سيثبت.

فإن قيل-: قولُه: "دَيناً" يُغني عن ذلك؛ لأنّه لم يصر دَيناً بعدُ، فلا وجهَ للاحتراز عنه- قلتُ: احترز عنه بناءً على أنّه يسمَّى ديناً على المجاز.

(لكن) استدراكٌ عن مفهوم قوله: "ثابتاً" **(لو قال: أقرضتُك هذه الدراهمَ وارتهنتُ بها عبدَك هذا فقال: استقرضتُها)** أي: الدراهمَ **(ورَهَنتُه)** أي: عبدي بها، **(أو قال: بعتُك هذا العبدَ بكذا و ارتهنتُ هذا الثوبَ به فقال صاحبُه)** أي: صاحبُ الثوبِ **(:اشتريتُ)** العبد **(ورهنتُ)** به الثوبَ-إنّما أتى بمثالين؛ تسويةً في ذلك بين الملك الضعيف والقويّ ردّاً على من زعم عدمَ جواز ذلك في الاستقراض جزماً- **(فأصحُّ الوجهين صحَّتُه)**[1]؛ لأنّ شرطَ الرهن في البيع والقرض يُعدُّ [من] مصالحها؛ دفعاً للنّزاع، وإزاحةً لشبهة النسيان، فكذلك يجوز مزجُها بالعقد؛ لحاجة الوثيقة، بل هذا أولى بالجواز؛ لاحتمال الخلف في الشرط.

والثاني: المنع؛ لعدم تأخير الرهن بتمامه عن الدَّين ؛ لتقدُّم أحد شقَّيها على ثبوته[2].

ورُدَّ بأنّ ذلك محتمل؛ لحاجة الوثيقة، وتنزيلٌ لجزء الشيء منزلةَ كلِّه.

[وأن يكون لازماً] **(ولا يجوز الرهن بما لا لزومَ له من الديون)**؛ لأنّها بمنزلة ما لم يثبت **(وهو)** أي: ما لا لزوم له **(نجومُ الكتابة)** أي: دفَعاتُ أدائها **(وإن أدّى بعضَها)**؛ لأنّ الرهن لتضجير الراهن وتلجئته إلى فكِّ الرهن، والمكاتَب مخيَّرٌ في أداء النجوم، متى شاء أسقطها، فلا ضجرة ولا تلجئةَ عليه، فلا معنى لتوثيقها به.

(وكذا) لا يجوز الرهن **(بالجُعل في الجعالة**[3] **قبلَ تمام العمل)**؛ لأنّه عقدٌ جائزٌ يجوز

---

(١) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ١٢٧).

(٢) قال الرافعي: وهو القياس ... مغني المحتاج (٢/ ١٢٧).

(٣) الجعالة: التزام جعل على عمل لا بطريق الإجارة. معجم مقاليد العلوم (١/ ٥٥)، رقم المصطلح (١٦٨).

لهما الفسخ ولأحدهما قبل تمام العمل، فيسقط به الجُعل - وإن كان الفاسخُ المالكَ- ولزمه أجرةُ [مثل] العمل.

(وفي وجهٍ: يجوز بعد الشروع في العمل)؛ لأنّ الأصل العقود بعد الصحّة مضيُّها على التمام، فيكون انتهاء الأمر إلى اللزوم، فأشبه الثمن في مدّة الخيار.

(ويجوز) الرهن (بالثمن في مدّة الخيار)؛ لأن الأصل في وضع البيع اللزوم[١]، بخلاف الجعالة والنجوم، واحتمالُ الفسخ عارضٌ لا يضرُّه، فهو لازمٌ حقيقةً عند قومٍ، وتجوُّزاً عند [آخرين].

وهذامبنيٌّ على أن يكون الخيار للمشتري ليحصل له الملك في المبيع ليملك البائعُ الثمنَ، أو على أنّ الملك في زمان الخيار له مطلقاً: سواءٌ كان الخيار له، أو للبائع، أو لهما.

وإن قلنا: إنّ الملك في زمان الخيار للبائع [مطلقاً، أو كان الخيار له] وقلنا بالأصحِّ، أو قلنا: إنّه موقوفٌ مطلقاً، أو كان الخيار لهما وقلنا بالأصحّ- فلا يجوز الرهن، نبّه على ذلك الإمامُ في النهاية[٢]، ولا شبهة أنّه إنّما يُباع المرهونُ بعد انقطاع الخيار.

قال الجلاليُّ ناقلاً عن شيخه: إنّه لا فرق بين اللازم المستقرِّ كدين القرض وثمن المبيع المقبوض، وبين اللازم الغير المستقرِّ كثمن المبيع قبل القبض، والأجرة قبل استيفاء المنفعة[٣].

ويصحُّ الرهنُ بالمنفعة المستحقّة بإجارة الذمّة، ويباع المرهون [وتُحصَّل المنفعةُ من ثمنه].

ولا يصحُّ بالمنافع في إجارة العين.

واعلم: أنّه يُشترط أن يكون المرهون به معلوماً كالمضمون به، كما ذكره ابن الرفعة

---

(١) أن الأصل في العقد اللزوم. الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش) تأليف: أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، تحقيق خليل المنصور، سنة النشر ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م- دار الكتب العلمية - بيروت: (٤/ ٣٦).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٧٣).

(٣) شرح المحلّي على المنهاج (٢/ ٣٣٣)، وليس فيه بيان النقل عن شيخه، ولا اسم شيخه.

في الكفايـة[١]، فلـو علـم أحدُهمـا دون الآخـر لم يصـحَّ، وبـه صرّح الإسـنوي وابـنُ عبـدان والطبريُّ[٢].

(ويجوز أن يرهنَ بالدين الواحد رهناً بعد رهن)؛ زيادةً للوثيقة، فكأنّما رُهنا به معاً.

(ولـو رهـن مـالاً بعـشرةٍ ثُـمَّ أقرضـه عـشرةً أُخـرى عـلى أن يكـون المـالُ المرهـونُ مرهونـاً بهـا أيضـاً لم يجـز عـلى الجديـد)؛ لتعلُّـق الحـقِّ الأوَّل بـه، فتعلُّـقُ الحـقِّ الثـاني بـه كفـكٍّ بعضـه، وهـو ممتنـعٌ.

وفي القديم: جائزٌ[٣]؛ كما يجوز الزيادةُ في رهن للدَّين فكذلك يجوز زيادةُ الدَّين للرهن[٤].

ورُدَّ بأنّ الزيادة في الرهن شغلُ فارغٍ، والزيادةُ في الدَّين شغلُ مشغول.

***

لزوم الرهن

(فصـلٌ: لا يلـزم الرهـنُ إلاّ بالقبـض)؛ لأنّـه عقـدٌ متـبرّعٌ، فيكـون لزومُـه بالقبـض [مـن جهـة المرتهـن] كالهبـة[٥]، أو بالتخليـة؛ لقيامهـا مقامَـه، وقـد وصفهـا الله تعـالى بالقبـض؛ حيـث قـال: ﴿ فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ ﴾ (البقـرة: ٢٨٣).

[وقبل ذلك] إن شاء أقبض، وإلاّ فلا؛ لعدم لزومه باللفظ[٦].

---

(١) كفاية النبيه في شرح التنبيه لابن الرفعة (٩/ ٣٩٦).

(٢) لم يسبق من الشارح بيان مصطلحاته ورموزه واختصاراته، ولم أحصل على مصدر يوضّحها، ومن أسلوبه ذكر أسماء المؤلّفين بدون ذكر مؤلّفاتهم، وذكر ألقابهم أو نسبهم بدون ذكر أسمائهم، وذلك من الأمور الّتي جعل تحقيق كتابه يحتوي على قدر من الصعوبة ممّا يحوج إلى تضافر جهود الباحثين والمحقّقين لحلّ رموزه وتوثيق نقوله. والظاهر أنّ المراد بالطبريّ هو القاضي أبو الطيب الطبري طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر،س ت ، ومن مؤلفاته شرح مختصر المزني والتعليقة الكبرى.

(٣) ونص عليه في الجديد أيضاً. مغني المحتاج (٢/ ١٢٨).

(٤) ينظر: كفاية النبيه (٩/ ٤٣٢)، وبه قال مالك والمزني. ينظر: العزيز (١٠/ ٣٦).

(٥) الهبة في اللغة: التبرع، وفي الشرع: تمليك العين بلا عوض. التعريفات (١/ ٣١٩).

(٦) فلما كان مَعقُولًا أَنَّ الرَّهنَ غَيرُ مَملُوكِ الرَّقَبَةِ لِلمُرتَهِنِ مِلكَ البَيعِ وَلَا مَملُوكِ المَنفَعَةِ له مِلكَ الإِجَارَةِ لم يَجُز أَن يَكُونَ رَهنًا إلَّا بِمَا أَجَازَهُ اللَّه عز وجل بِهِ من أَن يَكُونَ مَقبُوضًا، وإذا لم يَجُز فَلِلرَّاهِنِ ما لم يَقبِضهُ المُرتَهِنُ منه مَنعُهُ منه. الأم (٣/ ١٣٩).

(وإنّما يصحّ القبض ممّن يصحُّ منه العقدُ) ككونه مكلَّفاً مطلقَ التصرُّف.

(وتجوز النيابةُ فيه) أي: في القبض؛ لأنّ القبض فرعُ العقد، والنيابةُ في العقد جائزةٌ بالإجماع[1]، فكذلك في القبض.

(لكن لا يجوز أن يُنيب المرتهنُ الراهنَ في القبض)؛ إذ الواحد لا [يجوز أن] يتولّى طرفي العقد إلاّ لمن له ولايةُ الطرفين[2]، وليس هنا كذلك (ولا عبدَه) أي: عبدَ الراهن؛ إذ لا ولايةَ للعبد استقلالاً، فهو كنفس السيّد، ويدُه يدُه.

(وفي) [عبده] (المأذون وجهٌ:) [أنّه] يجوز أن يُنيبه المرتهن في قبض المرهون؛ [لأنّ الإذنَ في التصرُّف] جعله منفرداً باليد، فأشبهَ المكاتَب.

ورُدَّ بأنَّ السيِّد يتمكّن من الحجر عليه، [فكأنّه] غيرُ منفردٍ.

(ويجوز للمرتهن أن يُنيب مكاتَبه) أي: مكاتَبَ الراهن؛ لأنَّ رقَّه وحجرَه مفوَّضان إلى خيرته، فهو مستقلٌّ بنفسه كالأجنبيِّ، ألا ترى: أنّ السيِّدَ لا يملك حجرَه؟

(ولو رهَن الوديعة عند المودَع لم يلزم [الرهن] ما لم يمضِ زمانٌ يتأتّى) أي: يمكن ([فيه]) (صورةُ القبض)، ولا فرقَ بين أن يكون منقولاً أو عقاراً، لكن يُشترط في المنقول مُضِيُّ زمان النقل أيضاً.

وإطلاقُه يقتضي عدمَ الخلاف [فيه، لكن] قال بعضُ أصحابنا: إن كان الغائبُ منقولاً يُشترط نفسُ المصير[3] ومشاهدتُه[4]، وكأنّه لم يعدّ ذلك شيئاً.

(وأصحُّ القولين أنّه لا بُدَّ من إذنٍ جديدٍ في القبض عن الراهن) عند مُضيِّ زمان الوصول؛ لأنّ يدَه عليه كانت عن غير جهة الرهن، فدوامُها كابتدائها؛ لعدم التعرُّض

---

(١) مَعَ الإِجمَاعِ المَعلُومِ المُنعَقِدِ عَلَى صِحَّةِ النِّيَابَةِ فِي الأَعمَالِ المَالِيَّةِ كُلِّهَا مَعَ الخِلَافِ فِي البَدَنِيَّةِ كُلِّهَا. أنوار البروق (٤/ ٣٩٤).

(٢) ولاية الطرفين للجد فقط في نكاح بنت ابنه بابن ابنه، أو للإمام في بعض الأحوال على قول. ينظر: الروضة (٧/ -٧١-٧٠).

(٣) لعلّه من صار إليه بمعنى ذهب إليه.

(٤) لم أجد أسماء هؤلاء البعض من الأصحاب، وقد ذكر الماورديّ المسألة فقال: "فَعَلَى هَذَا يَتِمُّ القَبضُ بِشَيئَينِ: أَحَدُهُمَا: الإِذنُ فِي القَبضِ. وَالثَّانِي: المُضِيُّ إِلَى مَوضِعِ الوَدِيعَةِ لِمُشَاهَدَتِهَا بَاقِيَةً فِيهِ. ينظر: الحاوي في فقه الشافعي (٦/ ٣٥)

للقبض عن الرهن، فلا بُدَّ من إذنٍ جديدٍ يُنافي دوامَ اليد الأولى.

والثاني: لا يُشترط الإذنُ الجديدُ؛ لأنّ العقد جرى مع صاحب اليد، والعقد مستلزمٌ لدوام يده؛ لاقتضائه ذلك، فقد تضمَّن العقد إذنَ القبض ضرورةً.

(**وكذلك**) أي: [الحكم] كحكم رهن الوديعة عند المودَع في اشتراط مُضيّ زمانٍ تتأتّى[فيه]صورةُ القبض (**الحكمُ في رهن المغصوب عند الغاصب**) بالتفصيل والخلاف.

(**ولا يبرؤه**) أي: الغاصبَ (**الرهنُ عن ضمان الغصب بعد لزوم الرهن**) حتّى لو تلف عنده ضمِنَه بأقصى القيَم؛ لأنّ ثبوتَ يده كان بالغصب، واستدامتُها بالارتهان لتوثيق نفسه، فلا ينافي الضمانَ؛ لجواز اجتماعهما فيما لو تعدَّى في المرهون.

(**وأصحُّ الوجهين أنّ الإيداع**) عند الغاصب (**يُبرؤه**) عن ضمان الغصب؛ لأنّ استدامةَ يده بعد الإيداع لنيابة المالك في الحفظ، مع أنّ الضمان والوديعة لا يجتمعان؛ بدليل أنّه لو تعدَّى في الوديعة ارتفع كونها [وديعةً]، فالوديعةُ تنافي الضمان.

والثاني: لا يُبرؤه؛ قياساً على ارتهانه بجامع الأمانة في اليدين، [فإذا لم] يُبرِئه ذلك لم يُبرِئه هذا أيضاً، والجواب ما مرَّ من الفرق، وهو: جوازُ اجتماع الرهن والضمان، بخلاف الوديعة والضمان.

(**وكلُّ تصرُّف يُزيل الملك كالبيع والإعتاق إذا وُجد من الراهن قبل القبض**) وبعد الإيجاب والقبول (**كان**) ذلك التصرُّف (**رجوعاً عن الرهن**)؛ لأنّ الرهن إنّما يلزم بالقبض؛ لتعلُّق حقّ المرتهن به، وقبله لا مانع من التصرُّفات، وإذا صحّ التصرُّفات لم يبق الرهن (**وكذلك**) كان رجوعاً (**الرهنُ**) أي: رهنُ المرهون قبل القبض (**والهبةُ من غيره مع القبض**)؛ لأنّهما بالقبض يلزمان، فيخرج المقبوض بهما عن تصرُّف المالك.

وقولُه: "من غيره" قيدٌ للرهن فقط؛ إذ لا فرق بين الهبة من المرتهِن وغيره في بُطلان الرهن.

ولم يشترط بعضُهم القبض في الهبة في الرجوع وقال: هذا هو المعتمد. وحكاه المصنِّف في بعض شروحه[١].

(**وكتابةُ العبدِ**) كان رجوعاً؛ لخروجه عن تصرُّف السيِّد وخيَرَةُ أمره إليه، ولا خلاف في ذلك[٢]. (**وكذا تدبيرُه**)- أي: تعليقُ عتقه بموت السيِّد- رجوعٌ (**على الأظهر**) من القولين؛ **لأنّ** التدبير بمنزلة التعليق بالصفة، فلا يتمكّنُ السيِّدُ من الرجوع فيه، فيكون مُشعراً بالرجوع[٣].

والثاني: إنّ التدبير ليس برجوعٍ؛ لأنّ التدبير كالوصيَّة[٤]؛[التمكّن] السيّد من الرجوع كالرجوع من الوصيّة.

وهذان القولان مبنيّان على أنّ التدبير تعليقٌ[٥] أو وصيّةٌ؟

فيه قولان: منصوصٌ ومخرّجٌ: والمنصوص أنّه تعليقٌ[٦].

(**والوطءُ**) أي: وطءُ الراهن الجاريةَ المرهونة قبل القبض (**مع الإحبال رجوعٌ**)؛ لإفضائه على امتناع البيع عند الحاجة؛ بسبب الاستيلاد[٧].

---

(١) لم يذكر الشارح ذلك الشرح، والظاهر أنّه الشرح الصغير الذي لم أحصل عليه؛ لأنّ عبارة الشرح الكبير بخلاف ذلك، فنصّها: وكل ما يزيل الملك كالبيع والاعتاق والاصداق وجعله أجرة في إجارة: فإذا وجد قبل القبض فهو رجوع عن الرهن، وفي معناه الرهنِ والهبة من غيره مع القبض، ولكن قال ابن السبكي: ومنها: الرهن والهبة قبل القبض، رجح الشيخ الإمام صحتهما، ورجح الرافعي والنووي فسادهما. ينظر: العزيز بهامش المجموع - (١٠/ ٧٥). والأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٣٢٣).

(٢) توطئة لقول الرافعيّ: "وكذا تدبيره"، وإشارة إلى أنّ ما بعد "وكذا" مختلف فيه.

(٣) أما المدبر فقد قال الشافعي رضي الله عنه: "ولو دبّره ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً". الوسيط (٣/ ٤٦٨ و ٤٩٠).

(٤) الوصيّة تصرّف مضاف لما بعد الموت، وسيأتي التعريف بها في كتاب الوصية من هذا التحقيق.

(٥) أي: إن التدبير تعليق عتق العبد بصفة هي موت السيّد. ينظر: العزيز ط دار المعرفة (١٠/ ١٨).

(٦) الذي في الأمّ: أنّ التَّدبِيرَ عند الشافعي وصيّةٌ. ينظر: الأم (٧/ ١٣٦). و (٨/ ١٦)، و (٣/ ١٥٨)، ومع ذلك قال الغزالي: والتدبير بحكم نص الشافعي • أنه رجوع إذ جعله مانعاً من الرهن كما سبق ، وعلى تخريج الربيع ليس برجوع وهو القياس. ينظر: الوسيط (٣/ ٤٩٠).

(٧) الاستيلاد: هو لغة طلب الولد من زوجة أو أمة، وخصه الفقهاء بالثاني، وهو إحبال السيد أمته بالوطء بالملك، ومن أحكامه أنه يحرم به على السيد بيعها ورهنها وهبتها، وله استخدامها، وإذا مات عتقت من رأس المال، ينظر: الدر المختار (٣/ ٦٨٩)، والتعاريف (١/ ٦٠).

(ودونه) أي: دون الإحبال **(ليس برجوع)**؛ إذ لا يتضمّن امتناع البيع ولا زوال الملك **(وكذا التزويجُ)** ليس برجوعٍ؛ لأنّه لا يفضي إلى زوال الملك وامتناع البيع عند الحاجة، بل يجوز رهن المزوّجة ابتداءً.

وقيل: التزويج رجوعٌ؛ لأنّه يؤدّي إلى قلّة الرغبة في شرائها؛ لنقصان منفعتها بالتزويج جدّاً.

(ولو مات أحدُ المتعاقدَين قبل القبض، أو جُنَّ أحدُهما، أو انقلب العصيرُ المرهونُ خمراً، أو أبَق العبدُ المرهونُ فالأصحُّ) من الوجهين في كلٍّ منها **(أنّ الرهنَ لا يبطُلُ)** أمّا في الموت والجنون؛ فلأنّ الرهن وإن لم يلزم قبل القبض إلاّ أنّ أصله إلى اللزوم، فيكون كالبيع في زمان الخيار، فكما يقوم الوارثُ والوليُّ ثمّة مقام الميِّت والمجنون فكذلك هناك، فيقومان مقامهما في الإقباض والقبض.

وإطلاقُه يقتضي عدمَ الفرق بين موت الراهن والمرتهن، لكن نقَلوا عن النصِّ: أنّ موت الراهن يُبطل قطعاً[1]، والخلاف في موت المرتهن.

وأمّا في انقلاب العصير خمراً؛ فلإمكان انقلابه خلاًّ، فحصولُ الوثيقة متوقَّعٌ.

وأمّا الأباق؛ لأنّ عَودَ العبد أقربُ من انقلاب الخمر خلاًّ، فهذا كذاك.

والثاني: البطلانُ في الكلِّ. **أمّا في الموت والجنون**؛ فلأنّ الرهن قبل القبض جائزٌ كالوكالة مطلقاً، فيرتفع بها كارتفاع الوكالة، ويزيد في المجنون منعاً رعايةُ المصلحة. والإغماءُ كالجنون في ذلك.

وأمّا في التخمُّر؛ فلخروج المرهون عن كونه مالاً[2].

وأمّا [في] الأباق؛ فلأنّه حالةٌ تمنع الابتداء فيه، فيبطل دوامه أيضاً.

والموت والجنون والأباق بعد القبض لا تؤثّر، قولاً واحداً.

---

(١) من الناقلين الغزالي، والنووي، ينظر: الوسيط (٣/ ٤٩٠)، والروضة ا (٤/ ٧٠).

(٢) أي: مالاً متقوّماً؛ لأنّ المال: ما من شأنه أن يدّخر للانتفاع به وقت الحاجة سرّاً، وكان الانتفاع به مباحاً شرعاً كما هو الظاهر، أولا كالخمر والخنزير، فإن أبيح الانتفاع به شرعا فمتقوّم بالكسر وإلا فغير متقوّم. دستور العلماء (٣/ ١٣٤).

وتخمُّرُ العصير بعده قد مرَّ مفصّلاً في مسألة تسارع الفساد[١].

(فصلٌ:) في بيان حجر الراهن عن التصرُّف في المرهون

(يُمنَع الراهنُ من التصرُّف في المرهون المقبوض بما) متعلّقٌ بالتصرُّف، أي: [بتصرُّف] (يُزيل) ذلك التصرّف (الملكَ) كالبيع والهبة، فلا يصحّان من الراهن بغير إذن المرتهن جزماً؛ لفوات مقصود الرهن بهما، وهو: وثيقة المرتهن وتلجئةُ البائع إلى الأداء بحبس ماله، (نعم، في الإعتاق) منجّزاً (ثلثةُ أقوالٍ:)

أحدُها: أنّه يصحُّ مطلقاً؛ لصدوره عن أهله مضافاً إلى محلِّه، وفيه منفعة العبد والسيِّد من غير فوات حقِّ المرتهن؛ لبقائه[٢] في ذمّة الراهن وإمكان أدائه من وجهٍ آخر، مع أنّ تشوُّق الشارع إلى فكِّ الرقاب أوفرُ ممّا هو مندوبٌ في الشرع.

والثاني: [يبطل] مطلقاً كسائر التصرُّفات؛ لأنّ الراهن محجور في المرهون لحقِّ المرتهن، والحجر لا يتشقّص[٣].

(أظهرُها: الفرقُ بين أن يكون) الراهنُ (معسراً) بحيثُ لا يبقى عنده بعد عتقه ما يساوي قيمةَ العبد المرهون (فلا ينفُذ)؛ لفوات حقِّ المرتهن من الوثيقة ووقوعِه في الغرر؛ لإمكان دوام الإعسار إلى موت الراهن (أو) [يكون] الراهنُ (موسراً فينفُذ) ويكون الراهن بالإعتاق مختاراً للقيمة ، فيأتي بقيمة يوم الإعتاق ويُجعل رهناً مكانه، ولا حاجة إلى عقدٍ جديدٍ، قاله إمامُ الحرمين[٤].

وإذا قلنا بالأوّل فيغرم المعسر قيمته إذا أيسر، ويُجعل رهناً مكانه، وإن لم يتوقّع اليسار آجر نفسه ومستولدته وعبده المحتاج إليه لذلك، وإن لم يمكنه ذلك فالّذي ينبغي أن يُفتى به أنّه يؤدّي ذلك من الزكاة والأموال الضائعة.

---

(١) في شرح قول المصنّف: وإذا رهَن ما يتسارعُ إليه الفسادُ.

(٢) أي: بقاء حقّ المرتهن وهو الدين.

(٣) الشقص: الجزء من الشيء والنصيب، .... ومنه التشقيص: التجزية. المغرب (١/ ٤٥٠)مادّة: (شقص). فلا يتشقص أي: لا يتجزأ.

(٤) نهاية المطلب (٦/ ١٠٦).

وإذا لم ينفذ بناءً على القول الثاني، أو على الأظهر إذا كان الراهن معسراً (**فلو انفكّ**) الرهنُ (**بالإبراء أو الأداء فأظهرُ الوجهين أنّه لا يُحكَم بنفوذه أيضاً**) كما لا يُحكم به حين الإعتاق في دوام الرهن؛ لأنّ العتق إنّما يحصل بلفظ يدلُّ عليه، فإذا صدر ولم يكن معتبَراً؛ لوجود مانعٍ، أو فوات شرطٍ فلم يفِد حكماً يستدام، فهو كما [لو] أعتق المحجورُ عليه بالسفه أو الجنون أو الصبا ثمّ كمل وزال الحجر.

والثاني: ينفذ؛ لأنّ المانع من العتق كان الحقَّ المتعلّقَ به وقد زال.

ورُدَّ بأنّ النفوذ فرع استدامة الحكم، والاستدامة فرع الثبوت، ولا ثبوت ثمّة.

(**وإذا قلنا: ينفذ**) على أيِّ قولٍ كان (**فتؤخذ قيمة يوم الإعتاق**)؛ لما مرَّ من أنّه بالإعتاق يكون مختاراً للقيمة (**وتُجعل رهناً مكانَه**) رعايةً لحقِّ المرتهن، وقد مرَّ عن الإمام أنّه لا حاجة إلى عقد جديد[1].

(**ولو علّق**) الراهن (**عتقَه**) أي: عتقَ [العبد المرهون] (**بصفةٍ**) كقدوم زيد، ومجيء رمضان، (**ووجدت**) تلك الصفة (**قبل الانفكاك ففيه الأقوال الثلاثة**) بالتفصيل الّذي ذكرنا. (**وإن وجدت بعده**) أي: [بعد الانفكاك] (**نفذ العتق في أصحّ الوجهين**)؛ إذ لا مانع من [التعليق] في الدوام، وبعد الانفكاك لا مانع من العتق.

والثاني: لا ينفذ؛ بناءً على أنّه ممنوع [من التعليق]؛ إذ رهنُ العبد المعلّق [عتقُه] بصفة [تُوجد] قبل الحلول باطلٌ ابتداءً، فيُمنع من التعليق في الدوام، بل ذلك أولى؛ لطريانه على كمال الوثيقة.

الخلاف في هذه المسألة جرّ إلى موت الشافعي شهيداً

اعلم: أنّ مسألة الإعتاق هي الّتي نازع فيها المالكيّون وبعضُ الحنفيّة الشافعيَّ - رحمه الله تعالى - في مصر، [واقتتلوا]، فأصابت الشافعيَّ ضَربةٌ[2] فمرض بها، ومات

---

(١) أي: نقلاً عن إمام الحرمين قبل سطور، وينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ١٠٦).

(٢) قيل: الضارب له أشهب حين تناظر مع الشافعي فأفحمه الشافعي فضربه - قيل: بكيلون، وقيل: بمفتاح في جبهته، ينظر: حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، تأليف: عبد الحميد الشرواني (ت:٩٩٩هـ) - دار الفكر - بيروت (١/ ٥٣).

شـهيداً رحمةُ الله عليـه[١] ودُفـن بالقرافـة، وقـبرُه معـروفٌ يُـزار هنـاك[٢].

(ولا يجـوز رهنُـه) أي: المرهـونِ بعـد القبـض (مـن غـيره) أي: مـن غـير المرهـون عنـده، وكـذا منـه بدَيـن آخـر مـن غـير إذن وإقالـةٍ[٣]، فالتخصيـص "لغـيره" ممّـا لا ينبغـي (ولا التزويـجُ) أمـةً كان المرهـون أو عبـداً؛ فـإنّ التزويـج تـصرُّفٌ يُزيـل أكثـر المنافـع، ويـورث ضعـف المرهـون، ويُقـلُّ رغبـةَ الطالبـين في شرائـه، فمُنـع منـه رعايـةً لحـقِّ المرتهـن في نقـص الوثيقـة. فـإن خالـف وزوّج الأمـةَ أو تـزوّج للعبـد ففـي صحّـة النكـاح قـولان:

أحدُهمـا: أنّـه يصـحّ؛ [لأنّـه تـصرّفٌ] لا يُزيـل الملـك ولا يبطـل بـه حـقُّ المرتهـن، فـلا يكـون محجـوراً فيه.

والثـاني: أنّـه يبطـل؛ كالبيـع وسـائر التصرُّفـات، ونقلـه النـوويُّ عـن القـاضي أبي الطيّـب وأقـرَّه[٤].

---

(١) المشـهور أن الضـارب لـه فتيـان المغـربي، ذكـر ياقـوت الحمـوي: أنّ الشـافعي رحمـه الله قدم إلى مصر سـنة (١٩٩) مـن الهجـرة في أول خلافـة المأمـون، وكان والي مصـر: السـريُّ ابـن الحكـم البلخـي يكـرم الشـافعي ويقدمـه ولا يؤثـر أحـداً عليـه، وكان الشـافعي محبباً إلى الخـاص والعـام لعلمـه وفقهـه، وكان رجـل من أصحـاب مالك بن أنس يقال له فتيـان يناظـر الشـافعي كثـيراً وكان فيـه حـدة وطيـش،، فتناظـرا يومـاً في مسـألة بيـع الحـر وهـو العبـد المرهـون إذا أعتقه الراهـن ولا مـال لـه غـيره، فأجـاب الشـافعي بجـواز بيعـه على أحـد أقوالـه، وكان فتيـان يـرى عـدم جـواز بيعـه، لأنـه يمـضي عتقـه بـكل وجـه وهـو أحـد أقـوال الشـافعي، فظهـر عليه الشـافعي في الحجـاج، فضـاق فتيـان بذلـك ذرعاً فشـتم الشـافعي شـتماً قبيحـاً فلـم يـرد عليـه الشـافعي حرفـاً ومضى في كلامـه في المسـألة، فرُفـع ذلـك إلى الـوالي، فدعا الشـافعي وسـأله وعـزم عليـه فأخـبره بـما جـرى، وشـهد الشـهود على فتيـان، فأمر أن يـضرب فتيـان بالسـياط ويطاف بـه على جمل وينـادي بـين يديـه منـاد: هـذا جـزاء من سـبّ آل رسـول الله ﷺ.

ثـم إن قومـاً تعصبـوا لفتيـان مـن سـفهاء النـاس وقصـدوا حلقـة الشـافعي حتـى خلـت مـن أصحابـه وبقـي وحـده، فهجمـوا عليـه وضربـوه فحُمـل إلى منزلـه، فلـم يـزل فيـه عليلاً حتـى مات في سـلخ رجـب سـنة (٢٠٤) بمصـر. ينظـر: معجـم الأدبـاء، لأبي عبـد الله ياقـوت بـن عبـد الله الرومي الحمـوي (ت٦٢٦هـ)، ط.: الأولى (١٤١١ هــ - ١٩٩١م) دار الكتـب العلميـة - بـيروت (٥/ ص٢١٦).

(٢) يقول الأستاذ محمد أبو زهرة: وسواء أصحّت قصّة الضرب أم لم تصحّ؟ فالمذكور في أغلب الروايات أنّ= العلّة الّتي مات بها الشافعيّ هي البواسير، أصابه بسببها نزف شديد فلقي ربّه راضياً مرضيّاً، رحمه الله تعالى. ينظر: الشافعي، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، تأليف الأستاذ محمد أبو زهرة، الطبعة الثانية (١٣٦٧-١٩٤٨) - دار الفكر العربي: (ص٣٣).

(٣) الإقالة: أصلها رفع المكروه، وهو في البيع: رفع العقد بعد وقوعه. التعاريف (١/ ٨١).

(٤) الـذي في الروضـة (٤/ ٦٩): والتزويـج والـوطء بـلا إحبـال ليـس برجـوع، بـل رهـن المزوجـة ابتـداء جائـز. ولم أجـد فيـه هـذا النقل.

ومحلُّ القولين فيما إذا زوّج الجارية من غير المرتهن، أمّا لو زوّجها منه فينبغي أن يصحَّ؛ لأنّ تزوُّجه إذنٌ في التصرّف.

(وكذا) لا يجوز (**الإجارة إن كان الدّين حالاً، أو مؤجَّلاً يحلّ قبل انقضاء مدّة الإجارة**)؛ لأنّ الإجارة تفوّت منفعته، فيقلّ الرغبة في شرائه، فيفوت وثيقة المرتهن.

(**وإن كان يحلُّ**) الدّينُ (**مع انقضاء مدَّة الإجارة، أو بعدها صحَّت الإجارة**)؛ لعود المنافع، وعدم المانع.

(**ويُمنع من الوطءِ**) أي: وطءِ الجارية المرهونة (**بكراً كانت الجارية، أو ثيّباً**)؛ لأنّها إن كانت بكراً فتنقص الوثيقة بالافتضاض، ويقلّ الرغبة فيها مع خوف [الحبَل] وخطر الطلق إن كانت في سنِّ الحبَل، وإن كانت ثيّباً وفي سنّه فخوفُ الحبَل وخطر الطلق[1]، ولا عبرةَ بقوله: "أطأُ وأعزلُ"؛ إذ قد لا يتمالك لشدّة الغُلمة[2] فيسبق الماءُ، وكذا يُمنع وإن كانت في سنٍّ لا تحبل؛ حسماً لباب التصرُّف، فإن خالف وأزال البكارة لزم أرشُ نقصها، وجعلُه رهناً معها.

(**فإن وطئ وأولدها فالولد حرٌّ نسيبٌ**)؛ لصدور الوطءِ عن مالكها، وشبهةُ الملك تدرأُ الحدَّ[3]، فالملك أولى بأن يدرأ، وغايةُ ما في الباب تعلّقُ حقِّ المرتهن برقبتها.

(**وفي صيرورتها مستولَدةً الأقوال المذكورةُ في الإعتاق**): فقائلٌ بصيرورتها مطلقاً.

وقائلٌ بعدمها مطلقاً. وقائلٌ بالفرق بين الإعسار واليسار.

فإن نفّذنا أخذ منه قيمتُها بيوم الإحبال وتُجعل رهناً مكانها.

وإن لم نحكم بنفوذه فالرهن بحاله، وتباع بعد انفصال الحمل.

(**فإن قلنا: لا ينفذ الاستيلاد**)؛ لكونه معسراً، أو قلنا بعدم الجواز مطلقاً (**فلو انفكَّ**

---

(١) الطَّلْقُ: المَخاضُ، وهو: وَجَعُ الوِلادَةِ. ينظر: تاج العروس (١/ ٤٧٢٧)

(٢) الغُلمَةُ: وزان غرفة: شدة الشهوة. المصباح المنير (٢/ ٤٥٢)

(٣) هذه قاعدة فقهية مستمدّة من قول الرسول الكريم ﷺ وهو متفق عليه، قال ابن عبد البرّ: " والذي عليه جمهور الفقهاء ان شبهة الملك شبهة يسقط من اجلها الحدّ". ينظر: الاستذكار (٧/ ٥٢٣)، والعزيز طبع دار المعرفة (٨/ ٣١٩).

الرهنُ) بأداء الدَّين، أو بإبراء الدائن (**فالأظهر**) من الوجهين (**الحكم بنفوذه**)؛ لأنّ الاستيلاد فعلٌ ثابتٌ لا يمكن ردُّه، وإنّما لم نحكم به لمانع من الحكم، وهو تعلُّق الغير، فإذا زال المانع بقي الحكم كما كان؛ لأنّ الاستيلاد ثابت كذلك، بخلاف العتق؛ فإنّه بالقول كما ذكرنا، فإذا لم نحكم به لغا ولم يبق له أثرٌ.

والثاني: لا ينفذ كالإعتاق، والفرق ما سمعتَ.

(**وإن ماتت الجارية من الولادة فعليه**) أي: على الراهن (**قيمتُها**) - والاعتبار بقيمة يوم الإحبال؛ لأنّه اليوم الّذي أخرجها فيه عن محلّ التصرُّف للمرتهن، وقيل: بقيمة يوم الموت؛ لفواتها فيه بالكلّيّة- (**لتكون رهناً مكانها على الأصحِّ**) من الوجهين؛ لأنّ الهلاك حصل بسببٍ ناشئٍ منه من غير استحقاقٍ ؛ لكونه ممنوعاً من الوطءِ؛ لحقّ المرتهن.

والثاني: لا يغرم القيمة، ويبطل الرهن بالكلّيّة؛ لأنّ نسبة الهلاك إلى شدّة المخاض والطلقِ أقرب من نسبته إلى الوطء.

(**ولا يُمنع الراهنُ**) عطفٌ على قوله في أوّل الفصل: " ويُمنع إلخ " (**من الانتفاع بالمرهون إذا لم ينقصه**)؛ إذ منعُه من التصرّفات إنّما هو لفوات الوثيقة، أو لنقصانها، فإذا لم يكونا فلا معنى لمنع المالك من الانتفاع بملكه، وفيه حديثٌ صحيحٌ رواه البخاريُّ، وهو: أنّه ﷺ قال: «**الظَّهرُ يُركَبُ بنَفَقَتِه إذا كان مَرهوناً**»[1]، وذلك الانتفاع (**كركوب الدابّة**) إلى مسافةٍ قريبةٍ (**والسكون في الدار**) بدون أعمالٍ يضرُّ بالأبنية كالقِصارة[2]

---

(١) تمام الحديث: «**الظهر يُركَبُ بِنَفَقَتِهِ إذا كان مَرهُونًا، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشرَبُ بِنَفَقَتِهِ إذا كان مَرهُونًا، وَعَلَى الذي يَركَبُ وَيَشرَبُ النَّفَقَةُ**» رواه البخاري في صحيحه، رقم (٢٣٧٧)، وقد حصل خلاف بين الفقهاء في حكم منافع المرهون أهي للراهن أو للمرتهن؟ فقال الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه وطائفة: ينتفع المرتهن من منافع الرهن بالركوب والحلب بقدر النفقة لمنطوق الحديث، ولا ينتفع بغيرهما لمفهومه، وذهب الجمهور ومنهم الشافعية إلى أنّ منافع المرهون كلّها للراهن، والمرتهن لا ينتفع من المرهون بشيء، وتأولوا الحديث لكونه ورد على خلاف القياس من وجهين: أحدهما: التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه، والثاني: تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة. ينظر: فتح الباري: (٥/ ١٤٤)، ومسائل من الفقه المقارن، أ. د. الدكتور هاشم جميل، ط. الأولى (١٤٢٨-٢٠٠٧) دار السلام دمشق: (٢/ ٦٠).

(٢) القِصَارَة بالكَسر: حرفة القصّار، وهي تحوير الأقمشة وتبييضها بالدق بخشبة من العنّاب تسمّى القصرة. ينظر: تاج العروس (١٣/ ٤٣١)/ مادة: (قصر).

والحدادة، ويقاس بذلك استخدام العبد بما لا يضرُّه، واستعماله في الخياطة والكتابة ونحوهما.

(ولا يبني) الراهنُ (في الأرض المرهونة، ولا يغرس فيها)؛ لأنّ الرهن لا يناهما، وينقصان قيمة الأرض، وقد يُفضي إلى قلعهما كما يأتي، فيكون تعِب بلا فائدة، وعمِل بلا عائدةٍ.

(ولو) خالف و(فعَل) البناء والغراس (لم يُقلَع) [ما فعل] (إلى حلول الأجل)؛ [لإمكان الإبراء والوفاء من موضع آخر] (وبعده) أي: بعد حلول الأجل (يُقلع) مجّاناً (إذا كانت قيمةُ الأرض) بدون القلع (لا تفي بالدَّين وتزداد بالقلع)، قيل: هذا من المسائل الّتي تُختبَر بها كياسةُ الإنسان؛ فإنّه ليس من الكياسة أن تقلع الأشجار البهيّةُ، وتخرّب الأبنية الشهيّةُ[1] لتفيَ الأرضُ بالدَّين، فليُبَع الأرضُ بما فيها من الأشجار والأبنية فيؤدَّى من قيمتها دَينُ المرتهن ويبقى الزائدُ له[2].

ولو أذِن المرتهنُ في بيعهما معاً ورضي الراهنُ بذلك بِيعَا معاً، ووزِّع الثمنُ عليهما باعتبار القيمة، والنقصانُ على الغراس والبناء.

(وإذا لم يُحوِج) أي: لم يحتج للانتفاع به (إلى الإخراج) أي: إخراج المرهون من يده (كاكتساب العبد المحترف) -وفي بعض النسخ: "العبيد المحترفة"، وكلتاهما صحيحتان[3] - (لم يُخرَج)؛ لحصول الغرضين بلا ضرر بأحدهما بكونه في يد المرتهن.

(وإن أحوجَ) أي: احتاج (إليه) أي: إلى الإخراج من يده كدارٍ يسكن فيها، ودابّةٍ يركبها، وعبد يستعمله في ضياعه (ولم يثق المرتهن به) أي: بالراهن، أو بالإخراج من يده (أشهد المرتهنُ على أنّه) أي: الراهنَ (يأخذه لينتفع به) [أي: بالمرهون].

---

(١) الشهوة: الرغبة الشديدة، والقوة النفسانية الراغبة فيما يشتهى، وما يشتهى من الملذّات المادّية، ج: شَهَوات وأشهية وشُهىً، وفي التنزيل العزيز: ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلْبَنِينَ وَٱلْقَنَٰطِيرِ ٱلْمُقَنطَرَةِ مِنَ ٱلذَّهَبِ وَٱلْفِضَّةِ وَٱلْخَيْلِ ٱلْمُسَوَّمَةِ وَٱلْأَنْعَٰمِ وَٱلْحَرْثِ ﴾ المعجم الوسيط (١/ ٤٩٨)، فلا يرد نقد شيخي ومشرفي بعدم ملائمة وصف الأبنية بالشهيّة، وأنّ ذلك لمراعاة السجع فقط.

(٢) بحثت عن هذا النصّ في مصادر ادبيّة كثيرة فلم أجد قائلها، ولا المصدر الّذي أخذ منها.

(٣) لعلّ تأنيث لفظتي: "كلتاهما" و "صحيحتان" في الشرح باعتبار النسخة.

وإطلاقُ الإشهاد حيث كان فهو يُحمل على عدلين [بصفة الشهود]، وقال ابن الرفعة: يكفي واحدٌ ليحلف معه[١]. وإن وثق به فلا حاجة إلى الاستشهاد.

ولو تنازعا بعد الإخراج - فقال الراهن: رددتَه بإقالةٍ ورضيتَ بغير وثيقةٍ، وقال المرتهن: بل لتنتفعَ به وتَرُدَّه إليَّ - فالقولُ قولُ المرتهن؛ إذ الأصل بقاءُ الرهن وعدمُ الإقالة.

(وما يُمنع الراهنُ منه لحقِّ المرتهن) كالبيع والهبة والوطءِ **(إذا أذِن المرتهنُ فيه نفذ)**؛ لأنّ الحجر على الراهن في ماله إنّما هو لحقِّ المرتهن، فإذا أذِن ارتفع الحجر.

ثمَّ إن كان بيعاً، أو هبةً، أو إعتاقاً وفعل نفذ وبطل الرهن، وإن كان وطأً حلّ والرهن بحاله، فإن أحبلها فعليه قيمتها بقيمة يوم الإحبال.

(وله) أي: للمرتهن **(الرجوعُ)** وفي نسخةٍ: "أن يرجعَ" **(عن الإذن قبل أن يتصرَّف الراهنُ)**؛ لأنّ تعلُّق حقِّه بالمرهون لا يبطل بمجرَّد الإذن، وإذا كان حقُّه باقياً فله الرجوع عن الإذن كالموكِّل: له الرجوع قبل تصرُّف الوكيل.

(ولو تصرَّف) الراهنُ بعد الرجوع **(وهو جاهلٌ بالرجوع)** [أي: رجوع المرتهن] **(فهو)** أي: هذا التصرُّف **(كما لو تصرَّف الوكيلُ جاهلاً بالعزل)** ففيه وجهان آتيان هناك[٢]، والأصحّ عدم الصحّة.

و "**كما لو**" - حيث كان- في إعرابه وجهان: **أحدُهما**: أنّ "لو" زائدةٌ، و"ما" مصدريّةٌ، فيكون ما بعدهما في تأويل المصدر، فيتعلّق بما قبلهما على ما يقتضيه المقامُ.

والثاني: أنّ "ما" تامّةٌ بمعنى شيءٍ، أو مثال، على ما يقتضيه المقام، و"لو" مع ما بعده يكون بدلاً منه، ويقدَّر لـ"لو" جزاءٌ على حسب المقام.

وعن بعضهم: أنَّ "**لو**" مصدريّةٌ[٣]، و"ما" زائدةٌ، زيدت صوناً لدخول الحرف على الحرف[٤].

---

(١) لم أجد المسألة في كفاية النبيه، ولم أحصل على المطلب العالي في شرح الوسيط.

(٢) والأصح أنّه لاينعزل قبل بلوغ الخبر. ينظر: المخطوطة: (ا) الصحيفتان: (١٧١-١٧٢).

(٣) لعلّ هذا من الموارد الشاذة التي لا تأتي فيها لو بعد فعل مفهم للتمنّي، مثل: ما كان ضرّك لو مَنَنتَ، لأنّ لو المصدرية تتلو غالباً فعلاً مفهما للتمنّي كودّ يودُّ. ينظر: همع الهوامع في شرح جمع الجوامع، في النحو (١/ ٣١٥).

(٤) دخول الحرف على الحرف في اللغة العربيّة شائع مثل فلا و لئلاً ولكيلا، إلا أن قصده الدخول على حرف الشرط.

(ولو أَذِن) المرتهنُ للراهن (في البيعِ) أي: بيعِ المرهون (**بشرطِ أن يُعجِّل الراهنُ حقَّه المؤجَّلَ من الثمن فسد الإذنُ والشرطُ والبيعُ**)؛ لأنّ الإذنَ معلَّقٌ بشرطٍ فاسدٍ، وهو الوعد بتعجيل الحقّ المؤجَّل، والأجلُ لا يُعجَّلُ [ولا يُلحق]؛ حفظاً للقواعد الشرعيّة[1]، وإذا فسد المعلّقُ عليه-وهو الشرط-فسد المعلَّقُ، وهو الإذن، وفسادُ الإذن موجبٌ لفساد البيع، (**وكذلك**) فسد (**الإذنُ**) في البيع (**بشرط أن يُجعل الثمنُ رهناً مكانَه في أصحِّ القولين**)؛ لأنّ المرهون لابدَّ أن يكون معلوماً، والمرتهن جاهلٌ بالثمن حين الإذن، فيفسد الإذنُ بفساد الشرط لجهالة الثمن عند الإذن، كما لو أذن بشرط أن يجعل مالاً آخر مجهولاً مكانه، وإذا بطل الإذنُ بطل البيعُ.

والثاني: يصحُّ البيعُ ولا أثرَ لجهالة الثمن، فكما ينتقل الرهنُ إلى البدل في الإتلاف شرعاً جاز أن ينتقل إليه شرطاً، فعلى الراهن الوفاءُ بالشرط وجعلُ الثمن مكانه، وهو قويٌّ اختاره صاحبُ الزاد.

وأجيب: بالفرق: بأنّ في الإتلاف يستدعى إليه بالضرورة لئلّا يفوت حقُّ المرتهن، ولا ضرورة هناك.

ولو أذن في الإعتاق بشرط جعل قيمته رهناً مكانَه ففيه طريقان:

أصحُّهما: طردُ القولين. **والثاني**: القطعُ بالصحّة رعايةً لجانب العتق.

ولو أذن في الوطءِ بشرط جعل القيمة مكانها لو أحبلها فسد الإذنُ وحرُم الوطءُ.

ولا فرق في ذلك كلِّه بين أن يكون الدَّينُ حالاً [أو مؤجّلاً].

***

صاحب اليد على الرهن

(**فصلٌ: اليدُ**) أي: السلطنةُ والاختيارُ (**في الرهن بعد لزَومه للمرتهن**)؛ لأنّ الغرض من الرهن الوثيقةُ، ولا وثيقةَ إلاّ باليد (**فلا تُزال**) يدُ المرتهن عن المرهون (**إلاّ للانتفاع**) كما ذكرنا، فيُردُّ إليه ليلاً، وإن كان ممّن يعمل ليلاً فيُردُّ إليه نهاراً.

(١) منها قولهم: الأجل لا يحلّ قبل وقته إلا بموت المديون. كما في الأشباه والنظائر (١/ ٣٢٩).

ويُستثنى عن هذا الإطلاق ما إذا كان المرهون عبداً مسلماً، أو مصحفاً، أو كتباً من أحاديث رسول الله ﷺ والمرتهنُ كافراً فتزال يدُه عنه، ويُجعل عند مسلم.

وكذا لو كانت جاريةً شابّةً والمرتهن ممّن تحلُّ له، فتُزال يدُه وتُجعل عند محرمٍ لها، أو امرأةٍ ثقةٍ، إلاّ إذا كانت للمَرتهن زوجةٌ أو جاريةٌ يوثق بها، أو له متعلّقاتٌ من [النسوان] والولدان بحيث يؤمن معهنّ عليها [فلا تُزال].

(ويجوز أن يشترطا في الابتداء وضعَه) [أي: وضع المرهون] **(عند ثالث)**؛ توفيراً لرضاهما؛ إذ قد لا يثق كلٌّ منهما بالآخر، [فينوب] عنهما غيرُهما.

وعبّر في المنهاج عن ثالث بـ"عدلٍ" [(١)]، وعبارةُ المصنِّف [أعمُّ]؛ لصدقه على غير العدل، وهو الحقُّ [(٢)]؛ لما في الشرحين والروضة ما يدلُّ على جواز الوضع عند غير العدل [(٣)].

(ولو شَرَطا وضعَه عند الاثنين: فإن نصّا) أي: جَزَما وعيَّنا واتّفقا **(على أن يحفظاه معاً)** بأن يجعلاه في خزانة مشتركة بينهما، أو هو ممّا [يرقبانه] غدوةً وعشيَّةً كحيوان يذهب إلى السرح ويجيءُ **(أو) نصّا (أنّ لكلِّ واحدٍ منهما الانفرادَ بالحفظ)** بالتناوب [أوالاتّفاق لاسَبهلَلاً] **(فذاك)** أي: فذاك سائغٌ في الشرع، فيُتّبع الشرطُ، أو فذاك ظاهرٌ أنه يُتّبع الشرطُ.

(وإن أطلقا) شرطَ الوضع عند الاثنين ولم ينصّا على شيءٍ من الأمرين **(فالأصحُّ من الوجهين أنّه)** أي: الشأنَ **(ليس لأحدهما الانفرادُ به)** أي: بالحفظ، كالوديعة عند الاثنين، وجعلِ الاثنين وصيّاً في القيام بأمر من لا يستقلُّ بأمره، فيجعلانه في الخزانة المشتركة أو غير ذلك، كما مرَّ في النصّ على اجتماعهما.

---

(١) ولو شرطا وضعه عند عدل جاز. منهاج الطالبين (ص٥٥).

(٢) من استدراكات الشارح على عبارة المحرر، وهو مصيب في هذا لكن في بعض الأحوال، وهو إذا لم يكونا متصرفين أو أحدهما عن الغير كولي ووكيل وقيم ومأذون له وعامل قراض مثلاً، فعبارة المنهاج أولى لأن مفهومها فيه تفصيل. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٢٤)، ومغني المحتاج (٢/ ١٣٣).

(٣) قال المصنّف: فلو كان من وضعاه عنده فاسقاً في الابتداء فازداد فسقاً فهو كما لو كان عدلاً ففسق. ينظر: العزيز (١٠/ ١٢١). أي: فلكل واحد طلب التحويل منه إلى عدل آخر، والروضة (٤/ ٨٦).
وقال النوويّ: ولو كانت غصباً صح على الأصح كما لو رهنه عند الغاصب. الروضة (٥/ ١١٨).

والثاني: [أنّ] لكلّ منهما الانفرادَ بالحفظ؛ اتّباعاً للعرف في ذلك، أو لعسر الاجتماع، وعلى هذا فإن اتّفقا على أن يكون عند أحدهما فذاك، وإن تنازعا وهو ممّا يقسم كالحبوب، أو كان المرهون حيوانين متساويي القيمة قُسم، وحفظ كلُّ واحدٍ نصفَه، وإن لم ينقسم فيتناوبان في حفظه: هذا أيّاماً، وهذا أيّاماً.

(ولو مات) الثالث **(الموضوع عنده أو فُسّق**[1] **نقلاه إلى يدٍ آخر يتّفقان عليه)**؛ أمّا في الموت فظاهرٌ، وأمّا في الفسق؛ فلأنّه تغيّر حالُه عمّا كان، فلم يرضيا بحاله ثانياً.

وتوهمُ عبارتُه أنّ الموضوع عنده يشترط أن يكون عدلاً، وليس كذلك؛ بل قولُه: "أو فُسّق" فيما إذا شُرط عدلُه ابتداءً، أو لم يشترطاه لكن لم يرضيا بتغيُّر حاله، ويشهد بذلك عبارةُ الروضة والأنوار حيثُ قالا: أو كان فاسقاً في الابتداء فزاد فسقُه.[2] انتهى.

والعمى والضعفُ عن الحفظ بنحو زمانة وخبَل كالموت.

(فإن تشاحّا) [من المشاحّة]، وهي تخالُفُ الرأيين فصاعداً[3]، أي: لم يرضَ أحدُهما بمن يرضى به الآخر **(وضعه الحاكمُ عند من يراه)**؛ دفعاً للمنازعة، وحفظاً لحقّهما.

ولا يتصوّر التشاحُّ في الابتداء؛ لأنّه إن كان قبل التسليم فالتسليمُ ليس بواجب، وإجبارُ الحاكم إنّما يكون في الواجب، وإن كان بعد التسليم فلا يجوز الإخراجُ.

(ويستحقُّ المرتهنُ بيع المرهون عند الحاجة)؛ [لأنّه الغرض الأهمّ] من الرهن، وإن كان تضجير الراهن وتلجئته إلى الأداء بحبس ماله أيضا غرضٌ[4]، وذلك هو حلول الدَّين وفُقدانُ ما يُستوفى منه إمّا رأساً، أو مطلاً.

ولو كان الراهنُ غائباً عند الحاجة أثبت المرتهن ذلك عند الحاكم ليبيعه له، فإن لم يكن ثَمّة حاكمٌ، أو كان ولكن لا بيّنة له باعه المرتهن بنفسه ويأخذ حقّه من ثمنه،

---

(١) الفسق لغةً: الخروج عن الطاعة، وشرعاً: ارتكاب الكبائر قصداً، أو الإصرار على الصغائر بغيرتأويل. معجم لغة الفقهاء (١/ ٤١٦).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٨٧)، و الأنوار (١/ ٢٨٤).

(٣) وقولهم: تَشَاحَّا على الأمر، أي: تَنازَعَاه لا يُريدان- أي: كلُّ واحدٍ منهما- أَن يَفوتَهما ذالك الأَمرُ. تاج العروس (٦/ ٥٠١) مادّة: (شحح).

(٤) الظاهر: "غرضاً" بالنصب، إلاّ أن يكون في العبارة سقط.

وما زاد وَضَعَه عند عدل، أو يحفظُه له، كمن ظفر بمال مديونه الجاحد ولا بيِّنَةَ له[١].

(**ويتقدَّم**) المرتهن (**بثمن المرهون على**) سائر (**الغرماء**)؛ لأنّه إنّما أخذه لأجل نفسه، لا لأجل غيره، وإلاّ فلا فائدة في الرهن.

وحكي عن الإمام مبالغةً في ذلك أنّه قال: لا يلزم الراهنَ أداءُ الدَّين من غير ثمن المرهون[٢]، وهذا منه مبالغةٌ في تعلّق حقِّ المرتهِن به، وإلاّ فقد صرّح في نهاية المطلب: أنّ للراهن أن يُمسك ثمن المرهون ويؤدِّيَ الدَّينَ من غيره، وللمرتهن أن لا يرضى به ويطلب غيره[٣].

(**ويتولّى البيعَ**) أي: يباشره (**الراهنُ**)؛ لأنّه المالك المستحقُّ للتصرُّف (**أو وكيلُه بإذن المرتهن**)؛ لأنّ حجر الراهن لا يرتفع إلاّ بإذنه؛ لأنّه صاحبُ حقٍّ فيه.

(**وإن لم يأذن المرتهنُ**) في البيع، ورضي بتأخير الأداء، والراهن لا يرضى بذلك، بل يُريد البيعَ وأداءَ الدَّين من ثمنه (**قال له القاضي:**) ـ أمرٌ في صورة الإخبار [أي:] ليقل له القاضي وجوباً؛ دفعاً للتضرّر بالراهن، وإزاحةً للمشاحّة ـ (**ايذَن في بيعه وخُذ حقَّك من ثمنه أو أبرئه**) من الدَّين، فافعل أيَّهما شئتَ، فإن أصرَّ على الامتناع من الإذن انتزع الحاكمُ المرهونَ من يده ويبيعُه ويدفعُ إليه حقَّه، فإن [امتنَع] من أخذِه وَضَعَه عند عدل إلى أن يأخذه المرتهنُ.

---

(١) مسألة الظفر مسألة مشهورة عند الفقهاء، وهي أنّه إذا ظفر أحد بغير جنس حقه أو بجنسه وكان الّذي عليه الحقّ جاحداً أو مماطلاً وتعذر استيفاؤه منه طوعاً فله الأخذه ممّا ظفر به بقدر حقّه؛ احتجاجاً بقوله ﷺ لهند بنت عتبة لما شكت إليه شحّ أبي سفيان: «خُذِي ما يَكفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعرُوفِ»، رواه البخاري، رقم (٥٠٤٩). وعليه الشافعي قائلاً: أن هذا تصرف بالفتيا، وخالف مالك قائلاً: إنّ هذا تصرف بالقضاء. ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٢٨١)، والفروق مع هوامشه (١/ ٣٥٩)، والإبهاج للسبكي (٣/ ٢٥١).

(٢) بحثت عن الحاكي عن الإمام في مصادر الفقه الشافعي فلم أجده، ووجدت في عبارة شيخ الإسلام الهيتمي: وَقَضِيَّةُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَلزَمُ الرَّاهِنَ التَّوفِيَةُ مِن غَيرِ الرَّهنِ ، وَإِن طَلَبَهُ المُرتَهِنُ وَقَدَرَ عَلَيهِ وَبِهِ صَرَّحَ الإِمَامُ. ينظر: تحفة المحتاج لشهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت:٩٧٤ هـ)، دراسة وتحقيق: عبدالله محمود عمر محمد- دار الكتب- بيروت ـ لبنان: (٣/ ٤٧٢).

(٣) ما في نهاية المطلب (٦/ ١٨١) يخالف ذلك! فقد ورد: ولو أراد الراهن بيع المرهون وأداء الدين من غير ثمنه لم يكن له ذلك. وأيضاً ورد: ولو قال للقاضي: أريد أن أؤدّي حقه من ثمن الرهن فليس للمرتهن أن يُلزم الراهن تحصيل الدين من جهة أخرى.

(ولو طلَب المرتهنُ بيعَه عند الحاجة وأبى الراهنُ) من بيعه **(ولم يقض)** أي: الراهن **(الدين أجبرَه الحاكمُ على قضاء الدَّين)** من موضعٍ آخر **(أو البيعِ)** ليؤدِّيَ الدَّينَ من ثمنه **(فإن أصرَّ)** الراهنُ على الامتناع من القضاء والبيع **(باع الحاكمُ)** أي: لبيعه وجوباً، ويؤدِّي دَين المرتهن من ثمنه؛ إبراءً لذمّة الراهن، ودفعاً للضرر بالمرتهن.

والإجبارُ إمّا بالحبس، أو التهديد بالضرب الشديد، أو بهتك الحرمة، على ما رآه[1].

(ولو أذن الراهنُ للمرتهن في بيعه) أي: بيع المرهون **(بنفسه فباع)**؛ امتثالاً لإذنه **(فالأصحُّ)** من ثلاثة أوجُهٍ **(أنّه)** أي: البيعَ **(يصحُّ إن كان)** [أي: البيع] **(في حضرة الراهن، ولا يصحُّ)** البيعُ **(إن كان في غيبته)**؛ لأنّه يبيعه لغرض نفسه، فربّما يبيعه كاسداً؛ استعجالاً لحقّه، فيُتَّهم بذلك، بخلاف ما إذا بيع بحضرة الراهن، وإزالةُ التهم ودفعُ الظنون الفاسدة من واجبات الشرع.

والثاني: يصحُّ مطلقاً؛ لأنّ الظاهرَ من حال المسلم الأمانةُ ومحافظةُ حقّ المسلم، فهو كما لو أذن له في بيع مالٍ آخر.

والثالثُ: لا يصحُّ مطلقاً؛ لأنّ الإذنَ بمنزلة التوكيل، والتوكيلُ فيما للوكيل فيه حقٌّ غيرُ جائزٍ إتّفاقاً[2].

ومحلُّ الخلاف: فيما إذا لم يُعيِّن الثمن، فإن عيَّن ارتفعت التهمةُ، فيصحّ البيعُ على الوجهين، دون الثالث.

ولو قال: بعه واستوفِ حقَّك من ثمنه صحّ البيعُ عند الثاني، دون الأوّل والثالث.

ولو لم يحلَّ الدَّينُ وقال الراهنُ للمرتهن: بعه، فباعه صحَّ على الأوجه الثلاثة؛ إذ [لم يتوجّه] عليه الحقُّ ليكون كالوكالة فيما للوكيل فيه حقٌّ، وليس فيه تُهمةُ الاستعجال؛ لانتفاء محلِّ الأداء.

---

(١) الروضة (١٠/ ٣٦٢)، والفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي (٢/ ٢٨٦)، والمحلّى (٣/ ٨٣).

(٢) لِأَنَّ التَّوكِيلَ إثبَاتُ وِلَايَةِ التَّصَرُّفِ فِيمَا هُوَ ثَابِتٌ لِلمُوَكِّلِ وَلَيسَ بِثَابِتٍ لِلوَكِيلِ، وَهَذَا المَعنَى لَا يَتَحَقَّقُ فِيمَن يَملِكُ بِدُونِ أَمرِهِ لِئَلَّا يَلزَمَ إثبَاتُ الثَّابِتِ. العناية شرح الهداية، تأليف: محمد بن محمد البابرتي (ت: ٧٨٦هـ): (٨/ ٣٠٦).

(ولو شرَطا أن يبيعه) أي: المرهونَ (العدلُ الموضوعُ عنده جاز) ويكون نائباً عنهما (ولا يحتاج إلى مراجعة الراهن) عند البيع (في أصحّ الوجهين)؛ لأنّ نيابة العدل قد ثبتت[١] باشتراطهما بيعَه عند الحاجة، فالأصل بقاءُ النيابة، وبقاءُ الإذن.

والثاني: يحتاج إلى مراجعته؛ لأنّه يمكن رجوعه عن الإذن، بل، لأنّه قد يريدُ قضاءَ الحقِّ من غيره ويستبقيه لنفسه.

وسكت المصنّفُ عن مراجعة المرتهن؛ تبَعاً للإمام؛ فإنّه قال: لا خلاف في أنّه لا يراجع؛ لأنّ غرضَه توفيةُ الحقِّ[٢]، لكن نقَلَ النوويُّ عن العراقيّين وجوبَ المراجعة قطعاً؛ إذ ربَّما يُمهل أويُبرئُ[٣].

وعلى هذا لعلّ المصنّفَ إنّما لم يذكره؛ لأنّه لو خولف وبيع صحَّ البيعُ جزماً، بخلاف الراهن؛ فإنّه لا يصحُّ على الثاني. خذه وأنا ابنُ الرجال[٤].

ولو عزل الراهنُ العدلَ قبل البيع انعزل. وأمّا لو عزَلَه المرتهنُ فهل ينعزل؟ وجهان: الأصحُّ: أنّه لا ينعزل.

وقيل: ينعزل؛ لأنّه تصرّفَ لهما.

(وإذا باع العدلُ وأخَذَ الثمنَ فهو من ضمان الراهن إلى أن يتسلَّمه) أي: يقبضَه (المرتهنُ)؛ لأنّه لم يزَل عن ملك الراهن، والعدلُ أمينُه، فما يتلف من يده فهو

---

(١) في (ب): " نائبيّة العدل قد شرط "، وهومحتمل.

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٨٣).

(٣) قال: فقال العراقيون: يشترط مراجعته قطعاً لأن البيع لإيصاله حقه إذا طالب فليستأذن فربما أمهل وربما أبرأ. الروضة (٤/ ٩٠).

(٤) هذا الأسلوب شائع في إظهار الشجاعة والفرح بالظفر، قال رسول الله ﷺ فيما يرويه ابن عساكر: «خذها وأنا ابن العواتك». ينظر: تاريخ مدينة دمشق وذكر فضلها وتسمية من حلها من الأماثل أو اجتاز بنواحيها من وارديها وأهلها، تصنيف: أبي القاسم علي بن الحسن ابن هبة الله بن عبد الله الشافعي المعروف بابن عساكر (ت: ٥٧١ هـ)، دراسة وتحقيق: علي شيري - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع: (٥٢/ ٣٣٩)، وقال سلمة بن الأكوع فيما يرويه البخاري في صحيحه، رقم (٢٨٧٦) و (٣٩٥٨). ومسلم في صحيحه، رقم (١٣١- (١٨٠٦) و (١٣٢- (١٨٠٧). «خذها وأنا ابنُ الأكوع واليومُ يومُ الرُّضَّع». وهو أسلوب محمود إذا كان قصد المتكلم به إظهار الحق، أو الدعوة إلى الحق ونصرته، لا التفاخر كمثل: " خذها وأنا ابن الأكرمين "، ويبدو أنّ الشيخ الشارح أحسّ بلذّة الظفر بحلّ الإشكال فذكره تحدّثا بنعمة الله تعالى، أو أنّه استفاد هذا المعنى من والده أو جدّه.

مـن ضـمان مالكـه، فـإن ادّعـى التلـفَ وأنكـر الراهـنُ فالقـولُ قـولُ العـدل بيمينـه.

ولـو ادّعـى تسليمَه إلى المرتهـن وأنكـر المرتهـنُ فالقـولُ قـولُ المرتهـن، فـإذا حلـف أخـذَ حقّـه مـن الراهـن، ورجـع إلى العـدل وإن[1] أذِنَ في التسـليم.

(ولـو تلـف الثمـنُ في يـد العـدل) بعدمـا بـاع المرهـونَ بإذنهـا **(ثُـمَّ خـرج المرهـونُ)** المبيعُ **(مستَحَقّاً)** أي: متعلِّقـاً بـه حـقُّ الغير، وهـو أعـمُّ مـن كونِـه حرامـاً؛ لشـموله مـا لـو تعلَّـق برقبتـه أرشُ جنايـةٍ، أو إتـلافٍ **(فالمشـتري بالخيـار بـين أن يرجـعَ بالثمـن عـلى العـدل)**؛ لأنّـه وكيـلٌ مبـاشرٌ للعقـد **(وبـين أن يرجـع عـلى الراهـن)**؛ لأنّ العقـدَ كان لـه، والعدلُ كالسـفار[2] في ذلـك **(والقـرارُ عـلى الراهـن)**[3]؛ لأنّ التلـفَ عنـده كان مـن ضـمان الراهـن، فكأنّـه نائـبُ الراهـن في الغرامـة، فيرجـع إليـه إذا غـرم[4].

ولـو كانـت المسـألةُ بحالهـا فـمات الراهـنُ وأمـرَ الحاكـمُ ببيـع المرهـون فباعـه وتلـف الثمـنُ عنـده ثـمَّ خـرج المبيـع حرامـاً رجـع المشـتري إلى تركـة الراهـن، وليـس لـه المطالبـةُ مـن العـدل؛ لأنّـه -والحالـةُ هـذه- نائـبُ الحاكـم، وهـو لا يكـون طريقـاً في الضـمان. وقيـل: يكـون طريقـاً كالوكيـل.

(ولا يبيع العدلُ إلاّ بثمن المثل من نقد البلد) أي: ما يدور عليه السوقُ **(حالًّا)**.

ولا يسـلّم المبيـع قبـل أخـذ الثمـن؛ لأنّـه أمـينُ المالـك كالوكيـل، فيحتـاط كـما يحتـاط الوكيـلُ.

فلـو بـاع نسـيئةً[5]، أو بغـير نقـد البلـد، أو نقَـصَ مـن ثمـن المثـل وإن قـلَّ بطـل البيـع إن عمـد بـه، ويدخـل في ضمانـه؛ لأنّـه متعـدٍّ.

---

(١) (إن) هنا غائيّة، وليست شرطيّة.

(٢) سبق من الشارح استعمال السفار بدل السفير، ولم أجد السفار في معاجم اللغة.

(٣) معنى القرار على فلان: أنّ غيره إذا غرم يرجع إليه ويستعيد الحقّ منه، وإذا غرم هو فلا يستعيده من أحد. ينظر: شرح المحلي على المنهاج (٢/ ٥٥)، و مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (٩/ ١٩٥)، وحاشيتا قليوبي-وعميرة (٩/ ١١٥).

(٤) فاعل يرجع وغرم راجع إلى العدل، ومقطع: "إذا غرم" ساقط في (د).

(٥) النَّسِيئَةُ: الدَّينُ. ينظر: تاج العروس (١/ ٤٥٧)، مادّة: (نسأ).

(**وإذا باع بثمن المثل وزاد راغبٌ**) على ثمن المثل (**قبل التفرّق فليفسخ العدلُ البيعَ وليبع منه**) أي: من الراغب بالزيادة؛ لأنّ مجلس العقد حريمُ العقد[1]، وقد وُجد فيه ما فيه غبطةُ المالك.

فإن لم يَفسخ فالّذي ينبغي أن يُفتى به أنّ البيع ينفسخ بنفسه؛ مراعاةً لجانب المالك.

ولو عبّر المصنِّف مكانَ "**قبل التفرُّق**" "في [زمن] الخيار" لكان أولى؛ ليشمل خيارَ الشرط[2] أيضاً؛ فإنّ الحكمَ في زمن الخيار كالحكم **قبل التفرُّق**، كما صرّحوا به[3].

وفي الجملة وجودُ الراغب بالزيادة بعد انقضاء الخيارين لا أثر له.

[مؤن المرهون على الراهن]

(**ومؤناتُ المرهون**) الّتي بها قوامُه [ومقامُه] وبقاؤه (**كنفقة العبد وكسوته، وعلفِ الدابّة**) إن كانت معلوفة، ورعيِها إن كانت راعيةً (**وسقيِ الأشجار، وتجفيف الثمار**) وجدادِها[4] (**[وكري] الإصطبل، و**) كري (**البيتِ الّذي يُحفظ فيه المرهونُ**) وردِّ الآبق (**على الراهن**)؛ لأنّه ملكُه وفي ضمانه، وذلك بإجماع المسلمين[5]، وما روي عن حسن البصريِّ فقد رجع عنه قبل موته بثلاثة أشهرٍ ويومين[6].

---

(١) وله حكمه في الابتداء، قطع به الرافعي والنووي. ينظر: المنثور في القواعد للزركشي (٣/ ١٦٠)، وخيار المجلس جائز ومشروع.

(٢) سبق في فصل التولية التعريف بالخيارات، ومنها خيار الشرط.

(٣) فالحكم قبل التفرّق هو خيار المجلس، ومن زمن الخيار خيار الشرط، ويَثْبُتُ خِيَارُ الشَّرطِ حَيثُ يَثْبُتُ خِيَارُ المَجلِسِ إلاّ في الرِّبَوِيِّ وَالسَّلَمِ والإجارة. ينظر: المجموع (١٥/ ٤١)، وأسنى المطالب (٢/ ٥١-٥٢)، وقد سبق تعداد أنواع الخيار العديدة.

(٤) سبق من الشارح في بيع الأصول والثمار أنّ الجِداد بفتح الجيم وكسرها: القطع، لكن إنّما يستعمل في الثمار كالقطاف.

(٥) ينظر: المبسوط للسرخسي (٥/ ٢٠٢)، والمغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تأليف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبي محمد (ت:٦٢٠هـ)، الطبعة: الأولى (١٤٠٥هـ)ـ دار الفكر ـ بيروت: (٤/ ٢٥٢).

(٦) جاء ذكر رأيه في تحفة المحتاج (٣/ ٤٧٦)، وفي حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي (ت:٩٩٩هـ)-دار الفكر - بيروت: (٣/ ٧٦)، ولم أحصل إلى الآن على مصدر يبين بوضوح رجوعه عن رأيه.

(ويُجبر عليها) أي: على المؤنات الّتي عدّدنا **(لحقِّ المرتهن)** أي: لرعاية حقِّ المرتهن[1]، وهو حفظُ وثيقته **(في أصحّ الوجهين)**؛ إبقاءً للرهن، وإتماماً لوثيقة المرتهن.

والثاني: لا يُجبَر؛ لأنّه لا مانع من تربيته ماله، ولكن يبيع الحاكم بعضاً من المرهون فيها بحسب الحاجة.

وقيل: محلُّ الخلاف فيما سوى الحيوان، أمّا الحيوانُ فيجبر؛ رعايةً لحقِّ الروح[2].

(ولا يُمنع الراهنُ ممّا فيه مصلحةُ المرهون كفصد العبد وحجامته) ولدغ الدابّة، ومداواة المجروح -والمريض؛ لأنّ ذلك ممّا يُحفظ به ملكه، [ويديم به] وثيقة المرتهن.

وفي صحيح مسلم: «**الرهنُ لمن راهنه، له غُنمُه، وعليه غُرمُه**»[3].

ولا يُجبر عليها، بخلاف النفقة؛ لأنّ نفعَها غيرُ متحقِّقٍ، بخلاف ضرّ عدم النفقة ونحوها.

(والمرهون أمانةٌ في يد المرتهن)؛ لأنّ عقد الرهن شُرع للإرفاق، لا في مقابلة عوضٍ كالمبيع، ولا للانتفاع كالمستعار، فلا وجهَ ليجعله مضموناً. **(لا يسقط بتلفه شيءٌ من الدَّين)**؛ لما ذكرنا أنّه مشروعٌ للإرفاق، فهو وثيقةُ دَين متبرَّعاً، فلا يسقط بتلفه شيءٌ كموت الشهودِ والضامنِ. ولا يُقاس على المبيع؛ لأنّه في مقابلة عوضٍ.

---

(١) لَا مِن حَيثُ المِلكُ؛ لِأَنَّ لَهُ تَركَ سَقيِ زَرعِهِ وَعِمَارَةَ دَارِهِ، وَلَا لِحَقِّ اللَّه تَعَالَى؛ لِاختِصَاصِهِ بِذِي الرُّوحِ. تحفة المحتاج (٣/ ٤٧٦).

(٢) القواعد الفقهية لابن رجب (١/ ٣٣٨)، و المغني لابن قدامة (٤/ ٢٥٥).

(٣) لم أجد في صحيح مسلم حديثاً بلفظه ولا بمعناه، ووجدته في غيره بلفظ: «**لايَغلَقُ الرهنُ، له غُنمُه، وعليه غُرمُهُ**»، رواه الدار قطني في سننه (٣/ ٤٣٧)، رقم (٢٩١٩) و (٢٩٢٠) و بلفظ: بلفظ: «**لا يُغلَقُ الرهن، لصاحِبه غنمه و عليه غرمُهُ**» (٣/ ٤٣٨)، رقم (٢٩٢١). و بلفظ: «**لا يُغلَقُ الرهنُ حتى يكونَ له غنمه و عليک غرمه**» (٣/ ٤٣٨) رقم (٢٩٢٢) وقال: حسن، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٨) رقم (٢٣١٥)، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري، وقَد تابَعَهُ مالك وابنُ أبي الذئبُ و سليمان بن أبي داود الحرّاني و محمد بن الوليد الزبيدي و معمر بن راشد على هذه الرواية، ووافقه الذهبيّ، والبيهقيّ في السنن الكبرى (٦/ ٦٦)، رقم (١١٢١٩). ورواه ابن حزم علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد (ت:٤٥٦هـ)، في المحلى، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي في المحلّ - دار الآفاق الجديدة - بيروت: (٨/ ٩٩)، وقال: فَهَذَا مُسنَدٌ مِن أَحسَنِ مَا رُوِيَ فِي هَذَا البَابِ، وانتقده شيخ الإسلام الحافظ ابن حجر من جهة رواية راوٍ وتصحيف اسم راوٍ آخر. ينظر: تلخيص الحبير (٣/ ٣٧).

(ولا يلزمه ضمانُه) كما هو شأنُ سائر الأمانات (إلاّ إذا تعدَّى فيه) بالاستعمال، أو إحرازه في غير حرز مثله، أو وضعه عند من لا يرضى المالكُ به، والامتناع من ردِّه بعد الانفكاك، أو بعد البراءة من الدَّين، ونحوِ ذلك.

[ترتب الضمان على العقد الفاسد والصحيح]

(وحكمُ الفاسد[1] من العقود حكم الصحيح في الضمان وعدمه) فما يقتضي صحيحُه الضمانَ يقتضي فاسدُه أيضاً[2]؛ لأنّه إذا اقتضى صحيحُه الضمانَ ففاسدُه أولى بذلك؛ وإلاّ لزم مزيَّةُ الفاسد على الصحيح في الحكم.

وما لا يقتضي صحيحُه الضمانَ لا يقتضي فاسدُه أيضاً[3]؛ لأنَّ يدَ صاحبه ثبتت عن إذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضماناً، والظاهر أنّ القبضَ والإقباضَ لا يصدران إلاّ عمّن يعتقد صحَّتَه، فلا يضرُّ عروضُ خلافها.

والعقودُ المقتضيةُ للضمان وغيرُ المقتضية مشهورةٌ، فلا حاجة إلى إحصائها، لكن في العبارة نوعُ إجمالٍ، ويردُ على طردها وعكسها أمورٌ، فلا بدَّ من البيان:

أمّا الإجمالُ: فإنّ قوله: "في الضمان وعدمه" أراد أصلَ الضمان، لا مقدارَه؛ فإنّ صحيحَ البيع مضمونٌ بالثمن، وفاسدُه بالمثل في المثليِّ، والقيمة في المتقوِّم، والقراضُ والإجارةُ والمساقاةُ والمسابقةُ[4] صحيحُها مضمونٌ بالمسمّى، فاسدُها بأُجرة المثل.

---

(١) الفاسد والباطل في العقود مترادفان عند الشافعية، فهما مخالفة العقد للشرع بأن نهى عنه الشارع، وقال الحنفية بالفرق بينهما: فالباطل عندهم ما لم يشرع بالكلية لرجوع النهي إلى عين المنهي عنه كبيع ما في بطون الأمهات، والفاسد ما يشرع أصله ولكن ورد النهي عنه لاشتماله على وصف كالربا. ينظر: تخريج الفروع على الأصول، تأليف: أبي المناقب محمود بن أحمد الزنجاني (ت:٦٥٦هـ)، تحقيق: د. محمد أديب صالحان، الطبعة الثانية (١٣٩٨هـ)- مؤسسة الرسالة - بيروت (١/ ١٦٩)، والتمهيد للأسنوي (١/ ٥٩)، والقواعد والفوائد الأصولية (١/ ١١٠)، القاعدة (٢١).

(٢) الأصول والضوابط للنوي (١/ ٣١)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٣٢٨).

(٣) فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه. المنثور للزركشي (ت٧٩٤هـ): (٣/ ٨).

(٤) المسابقة في الشرع: النضال في الرمي والرهان في الخيل والسباق يكون فيهما. تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ٢٢٥).

وما يرد على طردها[١] **وعكسها**[٢]: أنّه إذا قال: قارضتُك على أنّ الربحَ كلّه لي فالصحيحُ أنّه قراضٌ فاسدٌ، ومع ذلك لا يستحقُّ العاملُ الأُجرةَ[٣].

وأنّه إذا صدر عقدُ الجزية من غير الإمام لم يصحَّ على الصحيح[٤]، والأصحُّ أنّه لا جزيةَ على الذمّيّ[٥].

وأنّه إذا ساقاه على أن تكون الثمرة كلُّها للمالك فهو كالقراض لا أجرة للعامل[٦]، صرّح به المصنّف في الكبير[٧].

هذه أمثلة الطرد.

وصحيح الشركةِ لا يضمن كلُّ واحد من الشريكين عمل صاحبه في ماله، ويضمن [في] فاسدها[٨].

وإذا صدرت الرهن والإجارة من الغاصب وتلفت العين في يد المرتهن والمستأجر فللمالك تضمينُه، والقرارُ على الغاصب مع أنّه لا ضمان في صحيحهما. **هذان مثالان للعكس.**

والجواب عن الكلّ: أنّ هذا الاختلاف إنّما هو لعوارض، لا لخصوصيّة العقد،

---

(١) الطرد عرفاً: ما يوجب الحكم لوجود العلة، وهو التلازم في الثبوت، وعبّر عنه كثيرون بمقارنة الحكم للوصف من غير مناسبة. التوقيف على مهمات التعاريف (١/ ٤٨٠).

(٢) العكس في اصطلاح الفقهاء ضد الطرد، فهوعبارة عن تعليق نقيض الحكم المذكور بنقيض علته المذكورة رداً إلى أصل آخر. كقولنا ما يلزم بالنذر يلزم بالشروع كالحج، وعكسه ما لم يلزم بالنذر لم يلزم بالشروع، فهو التلازم في الانتفاء، بمعنى كلما لم يصدق الحد لم يصدق المحدود وقيل: العكس عدم الحكم لعدم العلة. ينظر: التعريفات (١/ ١٩٨).

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٢٨٣).

(٤) إذا فسد عقد الذمة من غير الإمام لم يصحّ على الصحيح ولا جزية فيه على الذميّ على الأصح. الأشباه والنظائر لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (١/ ٢٨٣)، والمنثور في القواعد (٣/ ١٠).

(٥) الذمي: هو الكافر الذي يستوطن بلاد الإسلام ، أي يتخذها وطناً، بالتزام دفع الجزية وجريان أحكام الإسلام عليه، فهو أعطى عهدا يأمن به على ماله و عرضه و دينه. ينظر: تهذيب اللغة (١/ ٩٩)، و المعجم الوسيط (١/ ٣١٥).

(٦) ينظر للمسألة مفصّلة: المهمّات للأسنوي (٥/ ٣٦٣-٣٦٦).

(٧) (قال) المزني وهو الاصح لا أجرة له، لانه عمل مجّاناً. العزيز (١٢/ ١٢١).

(٨) وَقَدْ قُرِّرَ أَنَّ العَامِلَ يَستَحِقُّ المُسَمَّى. القواعد الفقهية لابن رجب (١/ ١٥٦).

ومرادُ المصنِّف اقتضاءُ العقود من حيثُ إنّها عقودٌ بخصوصها مع صدورها عمّن له أهليّةُ العقد، فلا يرد ما ذكر، ولا عقودُ السفيه والصبيِّ، تدبّر[١].

(وإذا رهن على أن يكون المرهون مبيعاً منه) أي: من المرتهن **(إذا حلّ الأجل فالرهن والبيع فاسدان)**

أمّا الرهنُ: فلأنّ الغرض من الرهن أن يباع في الدَّين عند الحاجة، فإنّ قوله: " مبيعاً منك " إن أراد [بالدَّين] المرهون به فهو باطلٌ بالإجماع، وإن أراد [بغيره] فقد انتفت الوثيقة، مع أنّ التأقيت المجرَّد يُفسدُه.

وأمّا البيعُ: فلتعليقه بزمان الحلول، والتعليق في البيع مبطلٌ عند الجمهور[٢].

(وهو) أي: المرهونُ **(إلى أن يحلَّ الأجلُ أمانةٌ)**؛ لأنّه في يده برهنٍ فاسدٍ، وحكمُه حكم الصحيح، وصحيحُه لا يقتضي الضمانَ، فكذا فاسدُه[٣].

(وبعده) أي: بعد حلول الأجل **(مضمون)**[٤]؛ لأنّه في يده بحكم الشري الفاسد، وصحيحُ الشري موجِبٌ للضمان، ففاسدُه أولى.

ودعواه التلفَ قبل الحلول وبعده مبنيٌّ على الضمان، فيُصدَّق قبل الحلول باليمين، دون بعدِه.

(وإذا ادّعى المرتهنُ التلفَ في يده) بغير تعدٍّ ولا تقصيرٍ **(صُدِّق بيمينه)** إذا لم يذكر سبب التلف؛ لأنّ الأمناءَ مصدَّقون في دعوى التلف إجماعاً[٥]، والمرتهنُ منهم.

---

(١) الأمر بالتدبر في المقام بدون فاء مصطلح للشافعية يشار به إلى السؤال في المقام. مصطلحات الفقهاء والأصوليين (ص١٦٦).

(٢) التعليق فى البيع مبطل إلا فى ثلاث صور: أحداها بعتك إن شئت، الثانية أن كان ملكى فقد بعتكه وكان مالكاً له فى نفس الأمر، ... الثالثة البيع الضمنى اذا قال اعتق عبدك عنى على مائة إذا جاء رأس الشهر. ينظر: المنثور (٢/ ٢٤٠-٢٤١).

(٣) والرهن الفاسد كالصحيح حال الحياة والممات. غمز عيون البصائر (٣/ ١١٧).

(٤) الوسيط (٣/ ٥٠٩).

(٥) لم أجد مصدره إلاّ ما قاله: شمس الدين الطرابلسي نقلاً عن كتاب باسم: المسائل الملقوطة، وهو: فائدة: قال في المسائل الملقوطة الأمناء مصدقون على ما في أيديهم ثمانية عشر...... ينظر: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (الحطاب الرُّعيني (ت: ٩٥٤هـ)، تحقيق: زكريا عميرات، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، - دار عالم الكتب: (٦/ ٦٥٢).

أمّـا إذا ذكـر السـببَ: فـإن ذَكَـر سـبباً خفيّـاً فكذلـك، وإن ذَكَـر سـبباً ظاهـراً فيُطالَـب بالبيّنـة عليـه، ثـمّ يُصـدَّق في التلـف بـه.

وقولـه: "مصـدّقٌ بيمينـه" أي: لدفـع الضـمان ومطالبتـه بالعـين، وإلاّ فالغاصـبُ والمسـتعيرُ والآخـذُ سـوماً[1] مصدَّقـون في دعـوى التلـف، إلاّ أنّهـم يضمنـون.

(**ولا يُصـدَّق**) المرتهـنُ (**في دعـوى الـردّ**) عـلى الراهـن أو وكيلـه (**إلاّ ببيِّنـةٍ عنـد أكثـر الأصحـاب**)؛ لأنّ يـده وإن كانـت يـدَ أمانـة إلاّ أنّـه يثبـت[2] لغـرض نفسـه فأشـبه المسـتعير.

وقـال أقلُّهـم[3]: إنّـه يصـدَّق بيمينـه كما في دعـوى التلـف؛ لقولـهﷺ: «**الأمَنـاءُ مصدَّقـون في دَعـوَى التلـفِ والـرَّدّ**»[4]، ولا يُخرِجُـه عـن كونـه أمينـاً أخـذُه لغـرض نفسـه؛ لأنّ فيـه غـرضَ الراهـن أيضـاً، وهـو إهمالُـه مـن غـير تقـاضٍ، أفتـى بـه شريـحٌ القـاضي[5]، ووافقَـه العبّـاديُّ[6].

(**ولـو وطـئَ المرتهـنُ الجاريـةَ المرهونـةَ مـن غـيرِ شُـبهةٍ فهـو زانٍ**)؛ لأنّ الرهـنَ لا يوجـبُ إباحـةَ الـوطءِ، فيجـب الحـدُّ، والمهـرُ عنـد الإكـراه دون الإطاعـة، فـإن أولدَهـا فالولـدُ رقيـقٌ غـيرُ نسـيبٍ، ويكـون للراهـن.

---

(١) السوم: طلب المبيع بالثمن الذي تقرر به البيع. التعريفات (١/ ١٦٣)، باب السين، رقم المصطلح (٨١٠).

(٢) لا يظهر فاعل "يثبت"، والأولى: "تثبت يده" كما في نهاية المطلب (٦/ ٢٩٣).

(٣) مقابل أكثر الأصحاب، وقد ذكر الشارح من الأقلّ شريحاً القاضي والعبّاديّ.

(٤) لم أجده في كتب الحديث، وقد ذكره الشارح قبل أسطر كمسألة مجمع عليها.

(٥) هـو القـاضي شريـح بـن الحـارث بن قيـس بن الجهم الكنـدي، أبو أمية: كان في زمان النبـي ﷺ ولم يره ولم يسـمع منـه، ويعـدّ من كبـار التابعين، وهو من أشـهر القضـاة الفقهاء في صـدر الاسـلام، أصله مـن اليمن، ولي قضـاء الكوفة، في زمـن عمـر وعثـمان وعـلي ومعاوية، واسـتعفى في أيـام الحجاج، فأعفاه (سنة ٧٧ هـ). وكان ثقة في الحديـث، مأموناً في القضـاء، لـه بـاع في الأدب والشـعر، مـات بالكوفـة حـوالي سـنة (٧٨ هـ = ٦٩٧ م) وهـو ابن أكثر من مائة سنة، ولي القضـاء سـتين سـنة من زمن عمـر إلى زمـن عبـد الملك بـن مـروان. ينظـر: الاَسـتيعاب في معرفـة الأصحـاب، تأليف: يوسـف بـن عبـد الله بـن محمـد بـن عبـد البر (ت:٤٦٣هـ)، تحقيـق: عـلي محمـد البجـاوي، الطبعـة: الأولى، (١٤١٢هـ) – دار الجيـل – بيروت: (١/ ٢١٢)، والمؤتلـف والمختلـف، تأليف: أبي الحسـن عـلي بـن عمر الدارقطني البغـدادي، تحقيـق: الدكتـور موفـق بـن عبـد الله بـن عبـد القـادر، الطبعـة: دار الغـرب الإسـلام (٢/ ٤٨)، وتاريخ دمشـق (٢٣ / ٧) و (٢٣/ ١٣)، و (٢٣/ ٥٧)، والأعـلام (٣/ ١٦١).

(٦) أبو الحسن العَبّادي، هو ولد الشيخ محمد بن أحمد أبي عاصم القاضي، و هو صاحب "الرقم".

(وإن ادّعى الجهلَ بالتحريم) فقال: ظننتُ أنّ الارتهان يُبيحُ الوطأَ **(لم تُقبَل)** دعواه؛ لأنّ ذلك ممّا لايخفى على المسلمين **(إلاّ أن يكونَ قريبَ العهدِ بالإسلام)** ولم يعرف احكامَ الإسلام بعدُ **(أو نشأَ)** أي: عاش وكبُر **(في باديةٍ بعيدةٍ عن أهل العلم)** لم يسمع دقائق الأحكام وفروع الإسلام، فإنّه يُقبَل دعواه؛لأنّه معذورٌ، بخلاف ما لو لم يكن قريبَ العهد، ولا بعيداً [عن أهل العلم]؛ فإنّه لا يُعذَر بترك التعلُّم.

والمراد بقرب العهد ما دون شهر، والمراد بالبعيد عن أهل العلم مسافةُ القصر[1].

(وإن وطِئَ بإذنِ الراهنِ وادّعى الجهلَ بالتحريم فأصحُّ الوجهين أنّه تُقبَل) دعواه **(ويندفعُ الحدُّ)**؛ لأنَّ وطأه عن إذن المالك يورِثُ الشبهةَ؛ لأنّه قد يظُنُّ أنَّ الوطأ يُباح بالإذن كما أنّ عينَها تُملك بالهبة، فهو كما لو وطِئَها ظانّاً أنّها زوجتُه أو أمتُه، [وبه احترز] بقوله: " من غير شبهة ".

والثاني: لا تقبَل؛ لأنّ إباحةَ الوطءِ بالإذن ممّا لم يُعهد في الإسلام، وما نُقل فيه عن عطاءٍ مُعارَضٌ بالإجماع[2] إلاّ إذا كان قريبَ العهد بالإسلام، أو بعيداً [عن] أهل العلم.

(وأنّه) أي: والأصحُّ أنّه **(يجب المهر إن كانت مكرَهةً)** قياساً مطّرداً، ولا يجب إن كانت طائعةً؛ لأنّ إطاعتها ليست عن الإذن، فأشبهت الزانيةَ إذا أطاعت.

والثاني: لا يجب المهر مطلقاً؛ لأنّ الوطأ صدر عن إذن المستحِقّ، ولذا صدر وهي مكرهةٌ.

---

(١) والصحيح في قرب العهد قولان: أحدهما ستة أشهر، والثاني: مفوض إلى رأي القاضي. ينظر: غمز عيون البصائر (٢/ ٣٧٣).

وسبق بيان مسافة القصر عند الشافعي في كتاب السلم نقلا عن الأصول والضوابط للإمام النوويّ.

(٢) ما نقل عنه رواه عبد الرَّزّاق بن همام في مصنّفه (٧/ ٢١٦)، رقم (١٢٨٥٠)، ولفظه: **عَن ابن جريج قَالَ: أَخبرنِي عَطاء قَالَ: «كَانَ يُحلّ الرجلُ وليدتَه لغلامِه وَابنِه وأخِيه وَأَبِيهِ، وَالمَرأَةُ لزَوجهَا، وَمَا أحب أَن يُفعل ذلك، وَمَا بَلغنِي عَن ثَبت، وَقد بَلغنِي أَن الرجل يُرسل وليدته إِلَى ضَيفه»**، قال شيخ الإسلام العسقلانيّ: هَذَا إِسنَاد صَحِيح يُوضّح أنه كَانَ لَا يرَى بذلك. ينظر: تغليق التعليق على صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (ت:٨٥٢هـ)، تحقيق: سعيد عبد الرحمن موسى القزقي، الطبعة: الأولى (١٤٠٥هـ)-المكتب الإسلامي لدار عمار - بيروت أعمان - الأردن: (٥/ ١٢١).

وهو معارض بالإجماع؛ لأنّه قد اتفق العلماء على أن وطء غير الزوجة والامة المباحتين حرام. ينظر: مراتب الإجماع (١/ ٦٥)، وفي مصنف عبد الرزاق جواباً ورداً: **«عن معمر قال قيل لعمرو بن دينار إن طاووساً لا يرى به بأسا، فقال: لا تعار الفروج»**. مصنف عبد الرزاق (٧/ ٢١٦)، رقم (١٢٨٥٣).

وأجيب: بأنّ وجوبَ المهر حقُّ الشرع، فلا يؤثّر فيه الإذنُ.

ألا ترى أنّ المفوِّضةَ تستحقُّ بالدخول، وإن نفته قبله؟

(فإن أولَدَها) فيما قَبِلنا قولَه **(فالولدُ حرٌّ ونسيبٌ)**:

أمّا كونُه حرّاً؛ فلكون علوقه من غير نكاح مع اعتقاده حِلَّ الوطءِ.

وأمّا كونُه نسيباً؛ فلأنّ من القواعد الشرعيّة أنَّ كلَّ وطءٍ لا يوجبُ الحدَّ فالولد الحاصل منه نسيبٌ[1].

فالحرّيّة والنسب لا ينفكّان إلاّ في موضعين:

أحدُهما: في الجارية المزوّجة بحرٍّ، فالولد منها نسيبٌ ليس بحرٍّ.

والثاني: الولدُ الحاصل من الزنا [بالحُرَّةِ]، فإنّه حُرٌّ ليس بنسيبٍ من أبيه.

(وعليه) أي: على المرتهن **(قيمتُه للراهن)**؛ لأنّ إذنَه بالوطءِ إنّما يتضمّنُ إتلافَ المنفعة، لا الإحبالَ، والاعتبارُ بقيمة يوم الانفصال.

وقيل: لا تجب قيمةُ الولد؛ لأنّه مسبَّبٌ عن إذن الوطءِ.

والحكم فيما إذا وطِئَها بالشبهة كذلك إلاّ في جريان الخلاف؛ فإنّه لا خلافَ في غرامة القيمة ثَمَّة.

***

تلف المرهون

(فصلٌ: إذا أتلف المرهون) إتلافاً موجباً للضمان **(وأخذ بدلَه)** من المُتلِف **(انتقل حقُّ المرتهن إليه)** يصيرُ البدلُ رهناً مكانَه، ولا يحتاج إلى عقدٍ جديدٍ، كما أنّ المالكَ لا يحتاج في بدل المُتلَف إلى تملُّك جديدٍ، ويُجعل البدلُ عند من كان الأصلُ عنده من مرتهنٍ أو عدلٍ.

وقيل: لا بدَّ من قبضٍ وإقباضٍ وعقدٍ جديدٍ؛ لأنّه دَينٌ، والدَّين لا يكون مرهوناً، وبه قطع أصحابنا الخراسانيّون.

---

(١) وَالوَلَدُ حَيثُ لَا حَدَّ حُرٌّ نَسِيبٌ لِلشُّبهَةِ. أسنى المطالب (٢/ ٣٧).

قال النوويُّ: والأرجح أنه نحكم بكون البدل رهناً كالأصل، وإنّما يمتنع رهن الدَّين ابتداءً.

(**والخصم في**) أخذ (**البدلِ**) من المُتلِف (**الراهنُ**)؛ لأنّ الملك له، وتعلُّقُ حقِ الغير به لا يخرجه عن حقوقه. (**فإن لم يُخاصِم**) الراهنُ إهمالاً، أو تكاسلاً (**لم يُخاصم المرتهنُ**) بمعنى أنّه لو خاصمه واحتاج إلى دعوى وإثباتٍ لا تسمعُ دعواه، ولا تقبل بيّنتُه (**في أصحِّ الوجهين**)؛- وفي الكبير والروضة حكايةُ الخلاف قولين[1]-لأنّه ليس بمالِكٍ، وغايةُ ما في الباب أنّه تعلّق به حقُّه، وبتعلُّق الحقِّ لا يصيرُ مخاصماً؛ لبقاء محلِّه، وهو ذمّةُ الراهن، وعلى هذا فللمرتهن حضورُ خصومة الراهن؛ لتعلُّق حقِّه بالمأخوذ.

والثاني: للمرتهن [الخصومةُ] في البدل؛ لأنّه لمّا لم يكن للراهن التصرُّف فيه لحقِّ المرتهن فصار المرتهنُ أحقَّ به من الراهن، فكما أنّ للراهن الخصومةَ كان له ذلك: الراهنُ لكونه مالكَ الرقبة، والمرتهنُ لكونه مستحقَّ الرقبة. **وهذا قويٌّ جدّاً**.

(**وإذا ثبتت الجنايةُ الموجِبةُ للقصاص**) على المرهون بالبيِّنة، أو بإقرار الجاني بأن كان المرهونُ عبداً أو أمةً فقَتَلَ (**فللراهن الاقتصاص**)[2]؛ بناءً على أنّ موجَبَ العمدِ القوَدُ المحضُ، وإن قلنا: أحدُ الأمرين فليس للراهن الاقتصاصُ بغير إذن المرتهن (**ويفوت الرهنُ**)؛ لفوات المرهون بلا بدلٍ.

(**وإن كان**) الجنايةُ، وتذكيرُ "كان"[3] باعتبار الخبر، وهو: (**خطَأً**)، أو "كان" تامّةٌ، و"خطَأٌ" مرفوعٌ، أي: إن ثبت قتلُ خطإٍ (**أو عُفِيَ**) أي: أو كان عمداً وعُفِيَ (**ووجب المالُ**) إمّا بناءً على [أنّ] العفوَ عن القصاص موجِبٌ للمال، أو عُفِيَ على المال (**لم يصحَّ عفوُه**)

---

(١) الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ١٤٦). وروضة الطالبين (٤/ ١٠٠).

(٢) أي: إنزال العقوبة بالعبد الجاني، وهل للسيّد أن يقتصّ من عبده استقلالاً بدون مراجعة الحاكم؟ قال مالك: ذلك له ولكن لا يكون ذلك إلا عند سلطان، وقال الشافعية والحنابلة: له ذلك. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ١٥٦)، والمدونة الكبرى (١٦/ ٣٦٧)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ١٢١).

(٣) يقصد تذكير اسم كان، والدليل على تذكيره عدم لحوق التاء بكان، واسم كان مبتدأ في الأصل، ويجب أن يكون الخبر مطابقًا للمبتدأ في التذكير والتانيث إذا كان الخبر مشتقًا لا يستوى فيه التذكير والتأنيث، وكان جاريًا على مبتدئه. وهنا ليس كذلك لأنّ الخبر مصدر وهو جامد فالمطابقة وعدمها جائزان. ينظر: النحو الوافى (١/ ٢٩٩).

أي: عفوُ الراهـن الجـانيَ (عـن المال)؛بناءً على الراجح، وهـو نقـلُ حـقِّ [المرتهن] إليـه بـلا عقدٍ جديـدٍ، فيتعلَّـقُ بـه حـقُّ المرتهـن، فيكـون الراهـنُ محجـوراً فيـه كـما في الأصـل. لكـن لـو عفـاه عـلى أن لا مـالَ فعـلى الخـلاف في أنّ الواجـبَ القـوَدُ المحـضُ، والديـةُ بـدلٌ منـه، أو الواجـبُ أَحَـدُ الأمريـن: إن قلنـا بـالأوّل: ـ وهـو الأصـحُّ ـ صـحَّ عفـوُه مجّانـاً، ويفـوت الرهـنُ.

وإن قلنـا بالثـاني: فـلا يصـحُّ العفـو، **(ولا يصـحُّ إبـراءُ المرتهـن الجـانيَ)** عـن المـال الواجـب عليـه بالجنايـة؛ لأنّـه إن قلنـا: **لا** يصيرُ رهنـاً إلاّ بعقـدٍ جديـدٍ فالمرتهـن كالأجنبيٍّ في ذلـك.

وإن قلنـا: يصـير رهنـاً فهـو كأصلـه، فكـما لا يجـوز لـه أن يهـبَ المرهـون[1] لا يجـوز لـه الإبـراءُ عـن بدلـه.

ثُمَّ إن خالف وأبرأَ الجانيَ فهل هو فسخٌ وإسقاطٌ للوثيقة أم لا؟ فيه وجهان:

أحدُهما: أنّه فسخٌ وإسقاطٌ للوثيقة، كما لو ردَّ المرهونَ إلى الراهن إقالةً.

والثـاني: أنّـه ليـس بفسـخٍ ولا إسـقاط للوثيقـة؛ لأنّ إبـراءَه باطـلٌ، فـلا يتضمّـن فسـخَ ولا إسـقاطَ الوثيقـة، كـما لـو وهـبَ الأصـلَ مـن إنسـانٍ، فإنّـه لا يصـحُّ ولا يبطـل بـه حـقٌّ.

هذا ما اختاره المصنّف في الشرحين، والنـوويُّ في الروضة، وقطع به الإمامُ والغزاليّ[2].

والأوّل هـو الأرجـح عنـد الإسـفرانيِّ[3] والعبّـاديِّ. وافتـى بـه وليُّ الديـن العراقـيُّ في الواقعـات[4]، وكان يُثبـت في كتبـه خلافَـه ويقـول: المنقـول ذاك، والقيـاس هـذا.

---

(١) في (ب) و (ش) بدل "المرهون": اصلَه.

(٢) العزيز (١٠/ ١٤٨)، والروضة (٤/ ١٠٢)، و نهاية المطلب (٦/ ٢١٧)، والوسيط (٣/ ٥١٤).

(٣) المكتوب في النسخة (ب): "الاصفرالي"، وفي (د) : "الاستفراني"، وفي النسخ الاخرى، "الاسفراني"، ولا تظهر الحقيقة لعدم عثوري على حقيقة المنقول عنه، ومن العلماء المشهورين بهذا الاسم:

١ـ إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني

٢ـ أحمد بن محمد ابن أحمد أبو حامد الإسفرايني.

(٤) ولي الدين العراقي: احمد بن عبد الرحيم بن ابي زرعة الشافعي قاضي الديار المصرية (ت ٨٢٦هـ) سبقت ترجمته.وأنّ من مؤلّفاته: تحرير الفتاوى، ومختصر مهمّات الأسنويّ، وحواشٍ على العزيز، ولم أطلع على اسم كتاب له باسم الواقعات.

(**ولا يسري الرهنُ إلى زوائد المرهون المنفصلة**)؛ لأنّ الرهن عقدُ وثيقةٍ لا ملكٍ، فلا يستتبع ما لم يناوله العقد (**كالثمرة والولد والبيض**).

وأمّا المتّصلة كالسمن وكبر الشجرة وزيادته بتعلّم الحرفة أو القرآن، أو تعوُّد البقر الحراثةَ، و تعلُّم نحو البازي وَالفهدِ أخذَ الصيد فيسري الرهنُ إليها؛ لعسر التمييز والتوزيع.

(**ولو رهَن حاملاً ومسّت الحاجةُ إلى البيع**)؛ لحلول الأجل، وعدمِ الأداء من موضع آخر (**وهي حاملٌ بعدُ**) أي: بعدَ زمانِ مساسِ الحاجة، قطعت عن الإضافة وبُنيت على الضمّ قياساً مطّرداً[1] (**فتُباع كذلك في الدَّين**) أي: حاملاً؛ لتعلُّق حقِّ المرتهن بالحمل والحامل على قولنا: إنّ الحمل يُعلم بالمخايل[2] والقرائن، [فكأنّهما] رُهنا معاً، ولكون الحمل صفةً محضةً كالسِمن إن لم نقل بذلك.

(**وإن ولَدت**) قبل حلول الأجل، وحلّ الأجلُ واحتيج إلى بيعها (**تُباع مع الولد**) -وفي بعض النسخ: "**يُباع الولدُ مع الأمّ**"، وهذا أولى؛ لأنّ الكلام في الولد- (**إن قلنا: إنّ الحملَ يُعلم**) فكأنّه عَلِم أنّهما شيئان ورهَنَهما معاً، وإن قلنا: إنّ الحمل لا يُعلَم فلا يُباع مع الأمّ كالولد الحادث بعد العقد. (**وهو الأظهر**) وقد مرّ توجيهُ القولين في البيع مع جواب الثاني[3].

(**وإن كانت**) المرهونة (**حاملاً عند البيع دون الرهن**) بأن رهَنها حائلاً وهي دابّةٌ فحملت عند المرتهن مسافدةً[4]، أو كانت جاريةً مزوَّجةً فأحبلها زوجُها عند المرتهن (**لم يكن الولد مرهوناً على الأظهر**) المارِّ، وهو أنّ الحمل يُعلم، وعلى هذا فيُؤخَّر بيعُها

---

(١) الظروف مثل قبل وبعد وأمثالها إن قُطعت عن الإضافةِ لفظاً لا معنًى، بُنيت على أقوى الحركات وهي الضمة، نحو "اقعُد وراءُ، أو أمامُ، أو يمينُ، أو خلفُ، أو فوقُ، أو تحتُ". ينظر: أسرار العربية، تأليف: الإمام أبي البركات الأنباري (١/ ٥٠).

(٢) ظَهرت فيه مَخايِلُ النَّجابَة، جَمعُ مَخِيلَةٍ: أي المَظِنَّة، وأصلُه في السَّحابة التي يُخالُ فيها المَطَرُ. تاج العروس (٢٨/ ٤٦١).

(٣) في كتاب البيع.

(٤) سَفدَ الذَّكَر على الأُنثَى، كضَرَب وعَلِمَ يَسفِدُهَا ويَسفَدُهَا سَفداً، وسافَدَهَا سِفَاداً بالكسر فيهما جميعاً: نَزَا، ويكون في الماشي والطائر. تاج العروس (٨/ ٢٠٧)، مادّة: (سفد).

إلى أن ينفصل الحملُ فيُباعان معاً ويُوزَّع الثمنُ على المتراهنين باعتبار القيمة.

قال المصنّف في الكبير: ويتعذّر بيعُها حاملاً؛ لعدم العلم بقيمة الولد ليُوزَّع الثمنُ على المتراهنين، وتعذّر استثناءُ الحمل لتباع الحاملُ وحدها[1].

وعلى الثاني: تُباع؛ بناءً على أنّ الحمل لا يُعلم، فهو كزيادةٍ متّصلةٍ.

فالحاصل: أنّ الحاملَ عند البيع والرهن تباع في الدَّين.

والحائلَ عند الرهن الحاملَ عند البيع لا تُباع على الأظهر، وتُباع على الثاني.

والحاملَ عند الرهن المنفصلَ ولدُها عند البيع تُباعان في الدَّين على الأظهر، دون الثاني.

والحائلَ عند الرهن المنفصلَ ولدُها عند البيع تُباعان، وثمنُ الولد للراهن، وثمنُ الأمّ للمرتهن.

***

فسخ الرهن وبطلانه وانفكاكه

(فصلٌ: ينفكُّ الرهنُ بفسخ المتعاقدَين)؛ لأنّه عقدُ إرفاقٍ لوثيقة المرتهن، فلا يكون لازماً إلاّ بالنسبة [إلى] الراهن لحقِّ المرتهن، فإذا اتّفقا على الفسخ ارتفع لزوم [الرهن] أيضاً.

(وبفسخ المرتهن وحده)؛ [إذ لا لزوم] بالنسبة إليه؛ لأنّ الحقَّ له، إن شاء أسقط، وإن شاء أبقى.

(ولو تلف المرهون بآفة سماويّة) منسوبةٍ إلى السماء بمعنى أنّه لا دخل لأحد في تلفه **(لم يبقَ الرهنُ)**؛ لفوات محلّه بلا بدل.

(ولو جنى العبدُ المرهونُ على أجنبيٍّ) بإتلاف نفسه، أو بما يستغرقُ أرشُه قيمةَ العبد كفَقءِ عينٍ، أو قطعِ طرفٍ **(قُدِّم حقُّه على حقِّ المرتهن)**؛ لأنّه بفواته يفوت حقُّ الأجنبيِّ؛ لتعلُّقه بعين الرقبة، ولا يفوت حقُّ المرتهن بفواته؛ لأنّ حقَّه متعلّقٌ بذمّة الراهن أيضاً.

وهذا إذا صدرت الجناية بغير إذن السيّد، فإن صدرت بإذنه فالمقدَّم حقُّ المرتهن؛ لأنّ

---

(١) العزيز: طبع دار المعرفة (١٠/ ١٤٩).

حقَّ الأجنبيّ متعلّقٌ بذمّة الراهن أيضاً.

(فإن اقتُصَّ منه) أي: من العبد القاتل إن كانت الجنايةُ قتلاً **(أو بيع)** العبدُ **(في الجناية)** بأن كانت الجناية على ما دون النفس بما يستغرق قيمة العبد، أو باعه الورثة في صورة القتل ولم يقتلوه **(بطل الرهنُ)**؛ لفوات محلّه من غير رضاءٍ من الراهن؛ بحكم إجبار الشرع.

وعلى هذا فلو عاد في صورة البيع إلى الراهن بفداءٍ أو إقالةٍ أو إرثٍ لم يصر رهناً إلاّ بعقدٍ جديدٍ.

وإطلاقُه يقتضي أنّه لولم يُبَع في الجناية بأن فداه السيّدُ أو عفى وارثُ الجاني العبدَ بلا فداءٍ لم يبطل الرهنُ، وهو وجهٌ(١).

والأصحُّ أنّه يبطل؛ لوجوب تعلّق حقِّ الأجنبيٍّ به، وعند التعلُّق يرتفع الرهنُ، حتّى لو أراد إبقاءَ الرهن فلا بُدَّ من عقدٍ جديدٍ.

(ولو جنى) العبدُ **(على طرف السيّد)** فقطع يدَه، أو فقأ عينَه **(أو)** جنى على **(نفسه فاقتُصَّ منه فكذلك)** أي: بطل الرهنُ في قصاص النفس، ونقصَت الوثيقةُ بقصاص الطرف، ففي العبارة [حزازةٌ] (٢).

ويبنى هذا على وجوب القصاص على العبد بجناية السيّد؛ زجراً أو انتقاماً، وهو الصحيح.

وقيل: لا يجب، كما لا يُقطع بسرقة ماله.

وأُجيب بالفرق: بأنَّ القطع حدٌّ يسقط بالشبهة، وللعبد شُبهةُ النفقة في ماله، ولا شُبهةَ له في نفسه.

(وإن عُفِيَ) بالبناء للمفعول **(على مالٍ)** – والعافي الوارثُ إن كانت الجنايةُ قتلاً، أو السيّدُ إن كان طرفاً – **(فالأصحُّ)** من القولين عند [النوويّ] في الروضة(٣)، أو الوجهين

---

(١) العزيز (٨/ ١٣٠).

(٢) الحز القطع من الشيء في غير إبانة. لسان العرب (٥/ ٣٣٤).، مادّة (حزز)، يقصد الشارح أنّ في العبارة سقطاً وقطعاً.

(٣) حيث قال فيها: فإن عفا على مال أو كانت الجناية خطأً لم يثبت على الأظهر.. ينظر: الروضة (٤/ ١٠٥).

على ما ضبطه في المنهاج[1] (أنّه) أي: الشأنَ (لا يثبت المالُ)؛ إذ لا معنى لإثبات المال على المال؛ إذ كسبُه واصطيادُه واحتطابُه لنفسه لسيّدِه، فأين المالُ ليثبت؟

والثاني: يثبت المال بقدر قيمته على سيّده، فيُجعلُ رهناً مكانَه، وخُلِّيَ سبيلُه [للورثة]، أو يُتوَصَّلُ به على فكِّ الرهن.

فعلى الأوّل (**ويبقى الرهنُ**) كما كان، وعلى الثاني: يُخيَّر الوارثُ بين جعل قيمته رهناً وبين إبقائه بدلاً عن قيمته.

(**وإن قَتَلَ**) العبدُ المرهونُ (**عبداً آخر لسيِّده مرهوناً عند**) رجلٍ (**آخر**) بكسر الراء، وأمّا بالفتح فهو أفعلُ التفضيل[2] (**فاقتُصَّ منه**) بالبناء للمفعول، والمقتصُّ السيّدُ (**بطل الرهنان**)؛ لانتفاء محلِّهما.

(**وإن وجب المالُ**) بعفو السيِّد إيّاه، أو بكون القتل خطأً (**تعلّقَ به**) أي: بذلك المالِ المتعلِّقِ برقبة العبدِ القاتلِ (**حقُّ مرتهن**) العبدِ (**القتيلِ. وكيف يُفعل**) في توفية ذلك التعلّق؟ (**أيُنقَل العبدُ إلى يده**) أي: يدِ مرتهن القتيل، فيُجعل رهناً مكانَه؟، (**أم يُباع**) القاتلُ (**ويجعل الثمن في يده**) مكانَ المقتول؟ (**فيه وجهان: أظهرُهما الثاني**)؛ لأنّ حقّ ماليّته متعلّقٌ برقبة القاتل، لا بعينه، فلا حقّ له بعينه.

والثاني: لا يُباع، بل يُنقل إلى يده؛ إذ الغرض وثيقةٌ، وهو يحصل بنقل العبد إليه، فلا حاجة إلى بيعه.

وأُجيب: بأنّ حقه في ماليّته لا في [عينه].

وإنّما يُباع كلُّه إذا كان المالُ الواجبُ أكثرَ من قيمة القاتل أو تساويا، فإن كان الواجبُ أقلَّ من قيمته بيع من القاتل جزءٌ بقدر الواجب، ويُجعل ثمن الجزءِ رهناً، أو يُجعلُ الجزءُ رهناً على الخلاف.

قال المصنّف في الكبير: محلُّ الخلاف فيما إذا طلب مرتهنُ القتيل البيعَ وأبى

---

(١) ينظر: المنهاج (١/ ٥٦).

(٢) جاء آخر اسم تفضيل، وجاء بمعنى: أَشَدُّ تَأَخُّراً ثم صار بمعنَى المُغَايِر، إلا أنّه في الحالتين ممنوع من الصرف لوزن الفعل والوصفية، فلا أدري وجه قول الشارح: إنه بكسر الراء. ينظر: تاج العروس (١٠/ ٣٤).

الراهـنُ، أمّـا لـو طلَـبَ الراهـنُ وأبـى المرتهـنُ يُبـاع جزمـاً؛ إذ لا حـقَّ لـه في عينـه[١].

ولـو اتّفقـا عـلى عـدم البيـع قـال الإمـامُ والعبّاديّ: ليـس لمرتهـن القاتـل[٢] طلـبُ البيـع؛ لأنّـه لا فائـدة لـه في ذلـك.

وقـال المصنّف في الكبير: قـد يُقـال: إنّ لـه ذلـك؛ إذ قـد يُرغـب فيـه بزيـادةٍ، فيبقـى بعضُ وثيقته[٣].

(وإن كان العبـدان) اللّـذان قتَـل أحدُهـا الآخـرَ **(مرهونـين عنـد شـخصٍ واحـدٍ، فإن كانـا مرهونـين بديـنٍ واحـدٍ)** إمّـا معـاً، أو عـلى التعاقـب **(فتنقـص الوثيقـة)** [إن] عُفـي، أو كان خطـأً **(أو تفـوت)** بـأن كان عمـداً فاقتُـصَّ، كـما لـو كان ذلـك بآفـةٍ سـماويَّةٍ؛ إذ لا جابـرَ.

(وإن كانـا مرهونـين بدَينـين ولـه) أي: للمرتهـن **(في نقـل الوثيقـة)** بنقـل القاتـل إلى دَيـن القتيـل **(غـرضٌ)** أي: فائـدةٌ، عـلى مـا نشـير إليـه **(نُقلـت)** الوثيقة **(ليسـتوثق بالقاتـل دَيـنُ القتيـل)** وذلـك بـأن يُبـاعَ ويُجعـلَ ثمنُـه رهنـاً مكانَ القتيـل عـلى الأظهـر، أو يُقـام نفسُـه مقـامَ القتيـل عـلى الثـاني.

وإن لم يكـن لـه غـرضٌ لم يُنقـل: فـإن اختلـف الدَّينـان حـالاً وتأجيـلاً فلـه النقـل ليسـتوثق بالقاتـل دَيـنُ القتيـل، فـإن كان ديـنُ القتيـل هـو الحـالَّ فالفائـدةُ اسـتيفاءُ الدَّيـن مـن ثمـن القاتـل في الحـال.

وإن كان دَيـنُ القتيـل هـو [المؤجَّـلَ] فقـد يوثَـق بـه ويُطالَـب منـه الدَّيـنُ الحـالُّ، فيؤخـذ منـه ويبقـى المؤجّـل موثوقـاً بـه إلى الحلـول.

وإن اتّفـق الدَّينـان حلـولاً وتأجيـلاً وقـدراً وصفـةً فـلا تنقـل؛ لعـدم الفائـدة، وإن كانـت قيمـةُ القاتـل أكثر نقـل منـه قـدرُ قيمـة القتيـل.

---

(١) قال: لأنّ حقّه في مالية العبد لا في العين. ينظر: الشرح الكبير للرافعي (١٠/ ١٥٥).

(٢) أي: العبد القاتل. ولم أجد المسألة في نهاية المطلب،

(٣) ينظر: الشرح الكبير للرافعي طبع دار المعرفة (١٠/ ١٥٥- ١٥٦)

[أسباب انفكاك الرهن]

(وينفكُّ الرهنُ ببراءة الذمّة) أي: ذمّة الراهن **(عن الدَّين بإبراءٍ، أو أداءٍ، او اعتياضٍ)**[1] أو حوالةٍ؛ إذ لا استحقاق للمرتهن بعد براءة ذمّة الراهن عن دَينه، فلا يبقى تعلُّقُ حقِّه بتلك العين.

(ولا ينفكُّ بالبراءَةِ عن بعض الدَّين) بالطرق المذكورة **(بعضُ الرهن)** أي: بعضُ المرهون؛ لأنّه وثيقةٌ بجميع الدَّين شائعاً، فكلُّ جزء من أجزاء الدَّين متعلَّقٌ بجميع أجزاء المرهون **(إلاّ أن يتعدّد العقد بأن رهَنَ أحدَ نصفيِ العبد بعشرةٍ)** مثلاً **(ونصفه الآخرَ (بعشرةٍ)** أخرى ثُمَّ أدّى عشرةً معيّنةً، أو برئَ عنها ذمّتُه بطريقٍ آخر انفكّ نصفُ عبده المرهون بها.

(ولو رهَن عبداً عند رجلين فبرئت ذمّتُه عن نصيب أحدهما) بإحدى الطرق المذكورة[2] **(انفكّ من الرَّهن قسطُ دَينه)**؛ لتعدُّده بتعدُّد مستحقّ الدَّين.

(وكذا لو رهَن اثنان عبدَهما [عند رجل] وبرئت ذمّةُ أحدهما من دَينه انفكّ نصيبُه)؛ لتعدُّد العقد بتعدُّد المديون.

ولّما كان الراهن بمنزلة المشتري في البيع وكان في تعدُّد العقد بتعدُّد المشتري خلافٌ فصّله بكذا[3].

ولو أدّى أحدُ الورثة ما يخصُّه من الدَّين لا ينفكُّ بعض ما يقابله من المرهون على الأصحِّ.

***

---

(١) وتَعَوَّضَ منهُ : أَخَذَ العِوَضَ ، وكَذلكَ اعتاضَ . تاج العروس (١٨/ ٤٤٩)، مادّة: (عوض).

(٢) في قول المصنّف والشارح: "بإبراءٍ، أو أداءٍ، أو اعتياضٍ أو حوالة".

(٣) الصفقة في أبواب البيع تتعدد بتفصيل الثمن وبتعدد البائع قطعاً، وبتعدد المشتري. الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٤٥٤).

الاختلاف في الرهن

(**فصلٌ: إذا اختلفا في أصل الرهن**) بأن قال ربُّ الدَّين: رهنتَ كذا بدَيني عليك، فقال المديونُ: ما رهنتُ شيئاً، (**أو في قدر المرهون**) بأن قال المرتهنُ: رهنتَ عبدين، فقال الراهنُ: إنّما رهنتُ عبَداً واحداً، أو قال: رهنتَني الأرضَ بأشجارها، فقال الراهنُ: بل وحدَها، وكذا الاختلاف في تعيينه كهذا العبد وذاك الثوب، وكذا في قدر المرهون به كمائةٍ ومائتين (**صُدِّق الراهنُ [مع يمينه] إن كان الرهنُ رهنَ تبرُّعٍ**)؛ لأنّ الأصل في رهنٍ غير مشروطٍ عدمُه، وفي [الاختلاف في الزيادة] عدمُ الزيادة[1]، فلا تثبُت إلاّ بالبيّنة.

هذا إذا لم يكن المرهونُ في يد المرتهن، فإن كان في يده فالقول للمرتهن مع يمينه؛ لأنّ الظاهر من اليد أن تكون ثابتةً بحقٍّ، فتكون علامةَ الصدق.

(**وإن كان الاختلاف في رهنٍ مشروطٍ في بيع**) أو قرض (**فيتحالفان**) فيحلف كلٌّ منهما على إثبات ما يقول ونفي ما يقول صاحبُه، فإن حلَف أحدُهما دون الآخر قُضِيَ له، وإن حلفا فإن كان في بيعٍ فُسخ البيعُ، وإن كان في قرضٍ أُستُرِدَّ.

اعلم: أنّ هذا [الاختلاف] مفروضٌ فيما إذا اختلفا في اشتراطه وعدمِه، أمّا لو اتّفقا على اشتراطه واختلفا في أصله أو قدره فلا تحالفَ، بل القولُ قولُ الراهن؛ لأنّ الاختلافَ في اشتراط الرهن في البيع اختلافٌ في كيفيّة البيع، فيجري التحالفُ كسائر صفات البيع إذا اختلفا فيها، بخلاف ما لو اتّفقا على اشتراطه واختلفا في أصل الرهن وقدره[2]، وعلى ما ذكرنا ففي عبارة الكتاب قصورٌ.

(**ولو ادّعى أحدٌ على اثنين أنّهما رهَنا منه عبدَهما**) المشتركَ بينهما (**بمائةٍ**) وأقبضاه، (**فصدّقه أحدُهما وكذّبه الثاني فنصيبُ المصدِّق رهنٌ بخمسين**)؛ لثبوته بإقراره (**والقولُ في نصيب الثاني قولُه**) أي: قولُ الثاني (**مع يمينه**) على القياس المطّرد (**وتقبل شهادةُ المصدِّق على المكذِّب**) إذا لم يكن متّهماً بعداوةٍ؛ لأنّ كونَهما مشتركين في الدعوى عليهما

---

(١) لأن الأصل عدم الزيادة المشكوك فيها. المنثور في القواعد للزركشي (١/ ٣٢٤).

(٢) فالقول قول الراهن مع يمينه؛ لان الاصل عدم الرهن. العزيز (١٠/ ١٦٩).

لا يقتضي ردَّ شهادةِ أحدِهما على الآخر؛ إذ ليس فيه دفعُ ضرٍّ، ولا جرُّ نفعٍ، فإن كان له شاهدٌ آخر فبها، وإلاّ حلَفَ مع شاهدِه [وثبت] رهنُ جميع العبد.

(ولو اختلف المتراهنان في قبض المرهون: فإن كان) [المرهون في] حين التنازع **(في يد الراهن، أو كان في يد المرتهن وقال الراهنُ غصبتَه منّي فهو)** أي: الراهن هو **(المصدَّق مع يمينه)**؛ قياساً على ما لو اختلفا في أصل الرهن؛ إذ الأصلُ عدمُ لزوم الرهن فيما لو اختلفا في القبض، والأصلُ عدمُ الإذن فيما لو كان النزاعُ بعدَ ما كان في يد المرتهن ويقول الراهنُ: غصبتَه منّي.

ولو كان المرهون في يد المرتهن وقد كان من الراهن إذنٌ في القبض، لكن يقول: ما قبضتَه عن إذني بل غصبتَه فالمصدَّق هو المرتهنُ باتّفاق الأصحاب.

(وإن قال) الراهنُ: **(أقبضتُه عن جهةٍ أخرى)** كإعارةٍ أو إيداعٍ أو إجارةٍ **(فكذلك)** يُصدَّق الراهنُ بيمينه **(في أصحّ الوجهين)**؛ إذ الأصل عدمُ إذنه عن الرهن، فلا يثبت إلاّ بالبيّنة.

والثاني: المصدَّق المرتهنُ؛ لاتّفاقهما على قبضٍ مأذونٍ فيه، فالظاهر أنّه في مقابلة حقٍّ.

(ولو أقرّ الراهنُ بالقبض) أي: بكون القبض عن جهة الرهن **(ثُمَّ)** بعدَ الإقرار **(قال)** الراهنُ: **(لم يكن إقراري عن حقيقةٍ)** أي: لم يكن واقعاً موقعَه **(فحَلِّفوه)** خطابٌ مع الحاكم ومن حضر، أي: حلِّفوا المرتهنَ أنّه لا يعلم أنَّ إقراري لم يكن عن حقيقة.

وليس معناه أنّه يحلف على أنّ القبض عن جهة الرهن كما ظُنَّ؛ إذ لو كان المعنى كذلك فلا فائدة في قوله: "فإن ذكر تأويلاً إلخ..."، اللهمَّ إلاّ أن يُقال: قولُه: "**فحلِّفوه**" إجمالٌ، وقولُه: "فإن ذكر" إلى قوله: "في أولى الوجهين" تفصيلٌ لذلك، فحينئذٍ يكون الحلفُ على القبض.

(فإن ذَكَر) الراهنُ **(تأويلاً**[1] **لإقراره بأن قال: أشهدتُ)** أي: حضرتُ واطّلعتُ **(على رسم القبالة)**- الرسم: الأثرُ، والمراد هنا: المكتوبُ.

---

(١) التأويل في اللغة: الترجيع وفي الشرع: صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى يحتمله أوجبه برهان قطعي في القطعيات وظني في الظنيات، وقيل هو التصرف في اللفظ بما يكشف عن مقصوده. ينظر: تهذيب الاسماء (٣/ ١٤)، والتعريفات (١/ ٧٢).

[تعريف القبالة]

والقَبالـةُ بفتـح القـاف: طومـارٌ يُكتَـب فيـه الدخـلُ والخـرجُ ومـا يجـري مـن العقـود والفسـوخ كلَّ يـومٍ، فيُكتـب علـى طـرفٍ مـا خـرج، وعلـى طـرفٍ مـا دخـل، ويقـال لـه عندنـا: روزنامـه[١].

وقيـل: رسـمُ القبالـة: المسـودَّةُ الّتـي تُكتـب قبـل العقـد مـن ذكـر المتعاقدَيـن ومـا يجـري بينهـما، ثـمَّ إذا تحقَّـق ولـزم مـا كُتـب فيهـا نُقـل منهـا وكُتـب في القبالـة الكـبرى، فـالأولى: رسـمُ الكتابـة، والثانيـةُ: روزنامـه. -

(**أو ورد كتـابٌ عـن وكيـلي**) بالإقبـاض (**أنّـه**) أي: الوكيـلَ (**أقبـضَ**) المرهـونَ (**فخَـرَجَ**) أي: رسـمُ القبالـة، أو كتـابُ الوكيـل (مـزوَّراً) أي: كذبـاً، مـن الـزور، وهـو الكـذبُ عـن عمـدٍ (**فيحلـف**) المرتهـنُ علـى القبـض، فـإن حلـف ثبـت الرهـنُ، وإن نـكل[٢] بطـل.

(**وإن لم يذكـر تأويـلاً**) لإقـراره (**فكذلـك**) يحلّـف المرتهـنُ (**في أولى الوجهـين**)؛ لأنّ الأصـل في الأقاريـر أن تكـون علـى الحقيقـة[٣].

والثـاني: لا يحلّـف المرتهـنُ؛ بـل يبقـى الرهـنُ بـلا تحليـفٍ؛ لأنّـه إذا لم يذكـر تأويـلاً فيكـون قولُـه: "لم يكـن إقـراري عـن حقيقـةٍ" مناقضـاً لإقـراره، فـلا يُقبـل، فهـو كـما لـو قـال: "علـيَّ ألـفٌ لا يلزمنـي".

ولـو كان ذلـك الإقـرارُ في مجلـس الحكـم بعـد توجُّـه الدعـوى فعـن الإمـام: أنّـه لا يحلَّـف المرتهـنُ[٤]؛ إذ لا يـكاد يُقـرُّ في مجلـس الحكـم إلاّ عـن تحقيـق.

---

(١) كان الشارح موجوداً في المناطق الكردية التابعة لإيران، فقوله: "عندنا" أي: في إيران، أو في المناطق الكوردية، وروزنامه مركّب من كلمتين فارسيّتين هما: "روز" بمعنى اليوم، و"نامه" بمعنى الرسالة، والمراد به مذكرات اليوم.

(٢) سبق التعريف بالنكول لغة وشرعاً في فصل التولية.

(٣) أي: لا على المجاز، والحقيقة الكلمة المستعملة فيما وضعت له في اصطلاح به التخاطب. الإيضاح في علوم البلاغة (١/ ٢٥٠)، والإقرار إنما يحمل على الحقيقة، واحتمال المجاز لا يقتضي الحمل عليه؛ إذ لو فتح هذا الباب لم يتمسك بإقرار، قد قال الهروي: إن أصل هذا ما قاله الشافعي: إنه يلزم في الإقرار باليقين وظاهر المعلوم وهو الظن القويّ. الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٥٤).

(٤) نهاية المطلب (٦/ ٩٨).

وقال ملكداد القزوينيّ[1]: لا فرقَ لشمول الإمكان.

(ولو قال المرتهنُ: جنى العبدُ المرهونُ على فلانٍ وأنكر الراهنُ فالقولُ قولُه) أي: قولُ الراهن **(مع يمينه)**؛ إذ الأصلُ عدمُ الجناية وبقاءُ الرهن، وإذا حلف بقي الرهنُ ويُباع في دَين المرتهن. **(وكذا لو قال الراهن: جنى)** العبدُ المرهونُ **(وأنكر المرتهنُ يُصدَّق)** المرتهنُ **(بيمينه)**.

وإذا حلف فالرهنُ باقٍ كما كان، ولا يلزم على الراهن شيءٌ للمقَرِّ له؛ إذ لم يثبت إقرارُه؛ لمعارضة المرتهن، بخلاف ما لو قال: هذا الدارُ لزيدٍ بل لعمروٍ؛ إذ لا معارضة لأجنبيٍّ هناك.

(ولو اختلفا في جنايةٍ قبل لزوم الرهن فأقرَّ بها) أي: بالجناية **(الراهنُ للمجنيِّ عليه وأنكر المرتهنُ)** قائلاً: إنّه ما جنَى على أحدٍ **(فأصحُّ القولين أنّه)** أي: الشأنَ **(لا يُقبل قولُ الراهن)** في دفع الرهن؛ لأنّه لا يؤاخذ بإقراره.

(والقولُ في بقاء الرهن قولُ المرتهن مع يمينه)؛ صيانةً لحقِّه، ويحلف على نفي العلم دون البتِّ.

والثاني: يُصدَّق الراهنُ؛ لأنّ حقَّه في العبد أقوى من حقّ المرتهن؛ لأنّ حقَّ الراهن بالملك، وحقَّ المرتهن بالوثيقة، ولا يبطل حقُّ المرتهن بإقرار الراهن؛ لثبوته في ذمّة الراهن.

(والأصحُّ) من الوجهين **(أنّه إذا حلف)** المرتهنُ [بنفي العلم] بناءً على القول الأصحّ **(غرم الراهنُ للمجنيِّ عليه)**؛ لأنّه أشغل رقبته بحقِّ المرتهن، فكان هو الحائلَ بينه وبين حقِّه.

والثاني: لا يغرم؛ لأنّه لمّا لم يُقبل إقرارُه لمعارضة المرتهن فكأنّه لم يُقرَّ.

---

(١) ملكداد بن علي بن علي بن أبي عمرو العمركيّ أبو بكر من أهل قزوين وربما سمى نفسه عبد الله. من شيوخه: أبو محمد البغوي، والقاضي أبو سعد الهروي. ومن تلاميذه: أبو محمد والد الرافعي، له تعليقات في الفقه وغيره، منها: أنّه علّق عن البغوي مجموعه وزاد عليها فروعاً ومسائل. ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ٣١٣)، و التقييد (١/ ٤٦٢)، وطبقات الشافعية الكبرى (٧/ ٣٠٢).

(وأنّه) أي: الأصحّ أنّه أي: الراهنَ **(يغرمُ الأقلَّ من قيمة العبد وأرشِ الجنايةِ)**؛ لأنّه إن كان أرشُ الجناية أقلَّ فلا يلزم إلاّ ذلك، وإن كان قيمةُ العبدِ أقلَّ فلأنّه لو بيع في الجناية فلا يلزم الزائدُ على القيمة على السيّد؛ لأنّها إنّما تعلّقت برقبته، وقد استُوفيَ ما يُساويها.

والثاني: إنّه يغرم الأرشَ أيَّ قدر كان؛ لأنّه أقرّ له بالأرش، فكان كالإقرار بسائر الأشياء.

(وأنّه) أي: الأصحُّ أنّه **(لو نكل المرتهنُ تُردُّ اليمينُ على المجنيِّ عليه دون الراهن)**؛ لأنّ الحقَّ للمجنيِّ عليه، والراهنُ لا يدّعي شيئاً لنفسه.

والثاني: تُردُّ اليمينُ على الراهن؛ لأنّه المالك، ولم يخرج بالجناية عن الملك؛ بدليل جواز الأداء من موضعٍ آخر، والخصومة إنّما وقعت بينه وبين المرتهن.

(وإذا حلف المجنيُّ عليه بيع العبدُ في الجناية) إن كانت الجناية تستغرق قيمة العبد، وإن لم تستغرق بيع منه بقدر الجناية ولا يُجعل ما بقي رهناً؛ لأنّ اليمين المردودة كالإقرار بأنّه كان جانياً في الابتداء، وإذا تعلّق به حقٌّ لا يصحُّ رهنُ شيءٍ منه، **وهي ثلاث مسائل**، ففي الكبير والروضة أنّ كلًّا منها من قولين، وقال: ضعُف قولُ من قال في الثالثة: إنّها من وجهين[1].

(وإذا أذن المرتهنُ في بيع المرهون وباع الراهنُ ورجع المرتهنُ عن الإذن ثمَّ اختلفا فقال المرتهنُ: رجعتُ) عن الإذن **(قبل أن بعتَ)** المرهونَ، **(وقال الراهنُ: بل)** رجعتَ عن الإذن **(بعد أن بعتُ فأظهرُ الوجهين أنّ القولَ قولُ المرتهن)** مع يمينه؛ لتعارض الأصلين، وبقاء الأصل الثالث بلا معارضة.

وهذا لأنّ الأصل عدمُ رجوع المرتهن في الوقت الّذي كان يدّعيه، والأصلُ عدمُ بيع الراهن

---

(١) الشارح كعادته ينقل بالمعنى: فعبارة الرافعيّ: وقوله: "فهل للمرتهن تحليفه؟ وجهان: "ذكرنا أن بعضهم رواهما قولين، وإن قوله: قولان في المسألة بعدها يرويها بعضهم وجهين، والأولى أن يرويهما جميعا قولين أو وجهين أو يروى في الأولى قولين وفى الثانية وجهين، فأما تفريع القولين على الوجهين فهو مما يستبعد. ينظر: العزيز، ط. دار المعرفة (١٠/ ١٨٨)، وقوله: "فهل للمرتهن تحليفه؟ فيه وجهان" سبق ذلك في العزيز (١٠/ ١٨١)، وينظر: روضة الطالبين (٤/ ١٢٠).

في الوقت الّذي يدّعيه الراهنُ، فتعارضَ الأصلان، وبقي أصلُ استمرارِ الرهن بلا معارضةٍ.

والثاني: إنّ القولَ قولُ الراهن؛ لأنّه أعرفُ بوقت البيع، وقد ثبت إذنُ المرتهن به.

(**ومن عليه ألفان بأحدهما رهنٌ دون الآخر فأدّى إليه ألفاً واختلفا، فقال المديون**) الّذي رهَن بألفٍ: (**أدّيتُه**) أي: الألف (**عمّا به الرهنُ فانفكّ، وأنكر صاحبُه**) قائلاً: إنّك إنّما أدّيتَ [الألفَ الآخرَ] (**فالقولُ قولُ المؤدّي**) مع يمينه، سواءٌ كان الاختلافُ في اللفظ، أو في النيّة؛ لأنّه أعرفُ بكيفيّة الأداءِ، وقصدِه عمّا كان.

(**وإذا أدّى من عليه دَينان**) دَيناً منهما (**ولم يقصد أحدَهما**) بعينه (**ولا التقسيطَ فأصحُّ الوجهين أنّه**) أي: المؤدِّيَ (**يُراجَع**) فيُسأل عنه (**ليجعلَه**) ما أدّاه (**عمّا شاء**) منهما أو يجعله عنهما.

والثاني: إنّه يُقسّط بغير مراجعة، كالألفاظ المحتملة للمناصفة.

***

كيفية تعلق الدين بالتركة وغيرها

(**فصلٌ: من مات وعليه دَينٌ تعلّق**) ذلك الدَّينُ (**بتركته**) المنتقلة إلى الوارث، وذلك التعلّق لا خلافَ فيه، (**وتعلّقُه**) بها (**كتعلُّق الأرشِ برقبة العبد الجاني**) حتّى لو تلفت التركة بغير جناية أحدٍ سقط الدَّينُ عن الميِّت، فلا مؤاخذة عليه في العقبى، كما يسقط الأرشُ بتلف العبد الجاني (**أو كتعلّق الدَّين بالمرهون**) حتّى لا يسقط بتلف التركة شيءٌ من الدَّين، ويؤاخذ به يومَ القيامة كما لا يسقط الدَّينُ بتلف المرهون؟ (**فيه قولان، رُجِّح منهما الثاني**)؛ لأنّها مال تعلّق بجميع أجزائه حقُّ الغير كالمرهون، ووجهُ الأوّل: أنّه ثبت ذلك التعلّقُ بغير اختيار المالك، فيكون كتعلّق جناية العبد بغير إذن السيّد.

(**وإذا قلنا به**) أي: بالثاني الراجح (**فلا فرق**) في عدمِ جوازِ التصرّف للوارث (**بين أن يكون الدَّينُ مستغرقاً أو لا يكونَ في أظهر الوجهين**)؛ لأنّه إذا جعلت كالمرهون فالوارث محجورٌ فيها مطلقاً كالراهن في المرهون، حتّى لو كان الدَّينُ درهماً والمالُ ألفاً لا يصحُّ تصرُّفُ الوارث فيها.

والثاني: أنّه إن كان الدَّينُ مستغرقاً لم ينفذ تصرُّفُ الوارث؛ لأنّ الكلَّ مستوفً في

الدَّين، وإن كان الدَّينُ أقلَّ صحَّ تصرُّف الوارث إلى أن يبقى قدرُ الدَّين ثُمَّ يُمسك؛ لأنّ الحجرَ في مالٍ كثيرٍ بشيءٍ قليلٍ إضرارٌ بالورثة.

قال النوويُّ: "وعلى الأصحّ لا فرق بين أن يكون الوارث عالماً بالدَّين أم لا[1]؛ لأنّ ما يتعلّق بحقوق الآدميّين لا يَختلف بالعلم والجهل"[2]؛ [أي:] لأنّه في خطاب الوضع.

وإطلاقُه يقتضي أن لا فرق بين أن يكون الدَّينُ زكاةً أو حجّاً أو كفّارةً أو نذراً أو غيرَها، لكن ذكر ابنُ الرفعة في المطلب العالي أنّ المرجّح في الزكاة التعلّق بقدرها كما في عين المال الزكويّ.

(**ولو تصرّف الوارثُ في التركة**) بيعاً وهبةً (**ولا دَين له ظاهرٌ فظهر دَينٌ بردٍّ مبيعٍ بعيبٍ**) ولم يبقَ ثمنُه، أو ثبت عليه دَينُ إتلافٍ بالبيّنة (**فأظهرُ الوجهين أنّه لا يتبيّن بطلانُ التصرُّف**)؛ لأنّ تصرُّفَه حين تصرَّفَ كان جائزاً له، وإنّما عرض المانع بعد ذلك.

والثاني: يتبيّن فسادُ التصرُّف؛ لأنّ الدَّينَ اللاحقَ كالسابق؛ لتقدُّم سببه.

(**ولكن ينفسخ إن لم يؤدِّ الوارثُ الدَّينَ**) ليصل المستحقُّ إلى حقّه.

وفي وجهٍ: لا ينفسخ بنفسه، بل يُطالَب الوارثُ بالدَّين كالضامن، فإن امتنع فسخَ الحاكمُ واستردَّ ما باع أو وهَب.

قال المصنّف والنوويُّ: لا حجرَ على الوارث في الإعتاق إذا كان موسراً، فلا يُخرج على الخلاف في عتق المرهون[3].

(**وكيفما**) أي: على أيّ حالٍ (**فُرض التعلّق فللوارث أن يُمسك عينَ التركة ويؤدّيَ**

---

(١) سواء علم الوارث بالدين المقارن أم لا؛- قاله الشيخ نصر المقدسي- لأن ما يتعلق بحقوق الآدميين لا يختلف به. الروضة (٤/ ٨٥).

(٢) الظاهر ممّا نقلتُه عن نصّ الروضة أنّ التعليل: "لأنّه في خطاب الوضع" من كلام الشارح ابن هداية، وليس من كلام الإمام النووي.

(٣) لم أجد ذلك النصّ لهما بل وجدت خلافه: ففي العزيز (١٠/ ١١٧): فلو أعتق الوارث أو باع وهو معسر لم يصح سواء جعلناه كالعبد الجاني أو كالمرهون، يجيء في هذا الاعتاق خلاف، وإن كان موسراً نفذ في وجه بناء على أن التعلق كتعلق الأرش، ولم يعد في وجه بناء على أن التعلق كتعلق الدين بالمرهون، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً ثالثا وهو أنهما موقوفان: إن قضى الوارث الدين تبينّا النفوذ وإلا فلا. وينظر: الروضة (١٢/ ١٥٧-١٥٨).

الدَّينَ من خالص ماله)؛ لأنّ الغرض وصولُ الحقِّ [إلى] المستحقّ، والوارثُ خليفةُ الميّت في ذلك، فعلى أيّ وجه أوصل ورضي المستحقُّ حصل الغرض.

وإطلاقُه يقتضي أن لا يكون فرق بين أن يكون الدَّينُ أكثر أو أقلّ، لكن لو كان الدين أكثر واختلف الغرماء والوارثُ فقال الوارث: آخذ التركةَ بقيمة يومها هذا، وقال الغرماء: نبيع؛ إذ قد يظهر راغبٌ بالزيادة: ففي المطلب العالى: أنّ المجاب رأيُ الغرماء؛ لتوقُّع الزيادة ووصولهم إلى حقوقهم، وفي المحلّيّ وكتب العراقيّين: أنّ المجابَ رأيُ الوارث؛ إذ الظاهر أن لا يظهر راغبٌ بالزيادة[1].

(والأصحُّ) من الوجهين **(أنّ تعلّق الدَّين بالتركة لا يمنع الإرثَ)** وإن منَع القسمةَ حتّى يؤدَّى الدَّينُ، أي: يدخل في ملك الوارث ولا يكون تعلّقُ الدَّين مانعاً، كما لايمنع تعلُّقُ الأرش بالعبد الجاني الملكَ، وكذا **تعلُّقُ** حقِّ المرتهن بالمرهون.

والثاني: يمنع الملك: إن كان مستغرقاً ففي الكلِّ، وإلاّ ففي القدر المقابل؛ لقوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ (النساء: ١١) فقُدِّم الدَّينُ على الإرث.

وأجابوا عن الآية بأنّ تقديمه عليه تعليلٌ للقسمة، وذلك لا يقتضي أن يكون التقديمُ مانعاً من الملك.

وعلى الثاني: فهل المنع في قدر المقابل أو في الجميع؟

فيه وجهان مبنيّان على الوجهين في جواز تصرّف الوارث إذا لم يكن الدَّينُ مستغرقاً.

(وعلى هذا فلا يتعلّق الدَّينُ بزوائد التركة كالكسب والنتاج)؛ لأنّا إذا لم نحكم بمنع الملك فلا وجهَ لتعلّق حقّ الغير بما يحصل في ملكه.

والثاني: يتعلّق بها؛ لأنّها حصلت ممّا يتعلّق به الدَّينُ، فيسري إليها؛ تبعاً.

فلو مات وعليه ديةٌ، وترَكَ ناقةً واحدةً، فتوالدت [فبلغ] نتاجُها مائةً مثلاً فليس لمستحقّ الدية إلاّ واحدةٌ منها بقيمة الأولى، وقس على هذا سائرَ الديون وسائرَ الأموال[2].

---

(١) ينظر: شرح المحلّيّ على منهاج (٢/ ٣٥٤)، والعزيز (١٠/ ١١٨)، والروضة (٤/ ٨٥).

(٢) هذا على القول الأول القائل بعدم سراية التعلق بالزوائد، وقوله الاتي: " وعلى الثاني " أي: على القول بالتعلق.

وعلى الثاني: يذهب بالمائة والدائن بها حصل حتّى يتمّ الديون أو يفنى الحاصل[1].

(١) لا يظهر المقصود من عبارة الشارح، ولم أجد مطلباً مشابهاً في مصدر يحلّ لي الإشكال، فالظاهر أنّ في العبارة تقديماً وتأخيراً وتحريفاً، وأنّ الصحيح: "وعلى الثاني: يذهب مستحق الدية أو الدائن بالتركة وبها حصل حتّى تفنى الدية أو الدين، أويفنى الحاصل".

يقول الباحث الفقير إلى عفو ربّه القدير عبد الله ابن الملا محمود الآرمردي: قد تمّ بحمد الله وفضله تحقيق هذا الجزء من الوضوح شرح المحرّر، ويشتمل على فصل في التولية والإشراك والمرابحة، و فصل في بيع الأصول والثمار، وفصل في اختلاف المتبايعين، و فصل في بيع الشجر، و فصل في بيع الثمر والزرع، و فصل في بيع المحاقلة والمزابنة و فصل في اختلاف المتبايعين، و فصل في معاملة الرقيق، وكتاب السلم، و فصل في القرض، وكتاب الرهن.

ومع الأسف الشديد لعبت أيدي المحقّقين وأهواؤهم وأذواقهم بأجزاء هذا الكتاب، فلم يحقّقوه على الترتيب، بل أخذ كلّ واحد منهم ما أعجبه منه وباشر بتحقيقه غير مبالٍ بترتيب المواضيع والأجزاء، وغير معتنٍ بتكميل الموضوع الّذي بدأ بتحقيقه، مع أنّ الباحث الفقير التمس منهم ورجى أن لا يجعلو الكتاب نهباً مفرّقاً، وأن يُنهي كلٌّ من يحقّق كتاباً أو باباً الكتابَ والبابَ ولا يترك بعضه، فلم يقبلوا رجائي والتماسي، واضطررت آنذاك إلى أن أبدأ بتحقيق كتاب الوصايا إلى كتاب النكاح لأنّ هذا كان هو الباقي من الوضوح بعد اختيار من سبقني من المحقّقين.

ومع هذا الجهد المضني فقد رفض الخبير العلمي أطروحتي متذرعاً بتفرق الأجزاء المحققة وعد ترتيبها، فلجأت إلى تحقيق كتاب أدب القضاء إلى نهاية كتاب الوضوح وقدمته كأطروحة في مدة ستة أشهر، وقد قبل بفضل الله بدرجة امتياز.

وقد سبق منّي أن عاهدتُ ربّي أن أحاول لتحقيق رغبة شيوخي في تحقيق كتاب الوضوح وطبعه، ولئن وفّقني الله لجمع كلِّ أجزاء الوضوح وتحقيقها على نهج تحقيق الجزأين الّذين حقّقتهما، وفتح الله قلب بعض الخيّرين ويسّر الله الأمر لبعض المحقّقين المخلصين لمساعدتي، وطُبع كلّ الأجزاء المحقّقة حينئذ تتحقّق أمنيّة قلبي الحزين وأمل شيوخي الراحلين ويظهر مزايا هذا الكتاب، ويستمرّ ثواب المصنّف والشارح ويزيد، وتقرّ عيون محبّي الفقه، والمخلصين للتراث الفقهيّ. يسّر الله تعالى لنا ذلك. ووفّقنا لخدمة الإسلام. آمين.

وتنتهي هذه الحصة من الوضوح في المخطوطة (٢٧٢٦) في اللوحة (٤٦)، و في المخطوطة (٣١٧٢) في اللوحة (٠٠٤٦٣)، وفي المخطوطة (٢٨٣) في اللوحة (٠٠٠٥٣)، وفي مخطوطة مكتبة الخال في اللوحة (٠٠٩٨)، وفي مخطوطة مكتبة بياره في اللوحة (٢٥٧) وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات في اللوحة (٦٤١٨).

كتاب التفليس [١]

[التفليس] تفعيل متخذ من الفلس، قال الجوهريُّ: فَلَّسَهُ القَاضِي تَفلِيساً. أي: نَادَى عَلَيهِ أَنَّهُ أَفلَسَ، وَأَفلَسَ الرَّجُلُ: صَارَ مُفلِسًا[٢]، وتضعيفه إما للصّيرورة، أو للنسبة[٣]، أو للإزالة مبالغة.

وفي اللغة: المفلس من لامال له، وفي الشرع من لا يفي مالُه بديونه الحالّة.

والأصل في الباب ما روى الدار قطنيُّ والحاكم عن كعب بن مالك **(عن رسول الله ﷺ: أَنهُ حَجر على معاذ بن جَبل وباعَ عَليهِ مالهُ)** ، أي: باع ماله بدين كان عليه، هكذا رواه الحاكم في المستدرك[٤]، **(وروي)** في سنن أبي داود والبيهقي: «**أنه ﷺ**

---

(١) يشتمل هذا الجزء على كتاب التفليس وكتاب الحجر.
وهذه الحصة تبدأ في المخطوطات التي انتهى فيها كتاب الرهن في اللوحات التي انتهي فيها.

(٢) كأنّها صارت دراهمه فلوساً وزيوفاً. الصحاح (٣/ ٩٥٩).

(٣) للصيرورة، أي: لتحول فاعله ذا أصل الفعل مثل: أورقت الشجرة، أي: صارت ذات ورق، وللنسبة أي: "لنسبة المفعول إلى ما اشتق الفعل منه"؛ كفسقته، أي: نسبته إلى الفسق. ينظرَ: شرح تسهيل الفوائد لمحمد بن عبد الله، ابن مالك الطائي الجياني، أبي عبد الله، جمال الدين (ت: ٦٧٢هـ)، المحقق: د. عبد الرحمن السيد، د. محمد بدوي المختون - هجر للطباعة والنشر والتوزيع ط. الأولى (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م): (٣/ ٣٩)، والنحو الوافي لعباس حسن (ت: ١٣٩٨هـ) - دار المعارف، ط (١٥): (٢/ ١٦٩).

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٦٧)، رقم (٢٣٤٨) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٨٠)، رقم (١١٢٦٠). والدار قطني في سننه (٤/ ٢٣)، رقم (٩٥). والطبراني في المعجم الأوسط: رقم (٦/ ١٠٥)، رقم (٥٩٣٩).

قال: إذا أفلَسَ الرَّجُلُ وَوَجَدَ البائعُ سِلعَتَهُ بِعَينِها فَهو أَحَقُّ بِها مِن الغُرماءِ»[1].

أتى المصنف بحديثين: أحدهما: لإثبات الحجر، والثاني: لجواز الفسخ بالإفلاس.

(ومن عليه ديون حالة زائدة على قدر ماله يجوز الحجر عليه)، وفي النسخة الصحيحة: "يجوز [للحاكم] الحجر عليه، وفي الروضة: "يَحْجُرُ عَلَيهِ القَاضِي"، وقال: "يجب عَلَى الحَاكِمِ الحَجرُ، وبه صرّح القاضي أبو الطيب وصاحب الشامل والغزالي في البسيط وكثير من العراقيين"[2].

***

الحجر على المفلس دائر بين الجواز والوجوب

وقال الجلالي: "إن قولهم: يجوز للقاضي الحجر " لَيسَ مُرَادُهُم أَنَّهُ مُخَيَّرٌ فِيهِ، بل مرادهم: إنَّهُ جَائِزٌ بَعدَ ما كان ممتنعاً قبل الإفلاس؛ فهو يصدق على الواجب"[3]، وهذا هو المراد هنا أيضاً.

وقوله: " **بالتماس الغرماء** " ليس بقيد واجب، بل جرى على وفق الحديث؛ فإنه ذكر الإمام: أنَّ حجر معاذ كان بالتماس الغرماء[4]، وإلا فلا وجه للتقييد؛ إذ يجوز بالتماس المفلس أيضاً إذا رأى القاضي.

وأما الديون المؤجلة فلا حجر بها وجوباً ولا جوازاً؛ إذ لا مطالبة في الحال، وقد يجد ما يؤدي به [الدين] عند توجّه المطالبة.

ولا فرق بين أن يكون ماله [يفي] بالديون أو لم يكن.

---

(١) مسلم، رقم (١٥٥٩)، وأبو داود ت الأرنؤوط (٥/ ٣٧٨)، رقم (٣٥١٩)، وأحمد في المسند (١٩/ ٢٢)، رقم (٨٩٧٩،٨٦٣٤، و ٩٦٦٧)، والحاكم في المستدرك (٥/ ٤٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٤٤)، وابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٢٧٨)، رقم (٢٠١٠٠)، وعبد الرزاق في المصنف (٨/ ٢٦٤)، رقم (١٥١٦٢) واللفظ له، ولفظ مسلم: «**إذا أفلس الرجل فوجد الرجل متاعه بعينه فهو أحق به**».

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٤/ -١٢٧- ١٢٨).

(٣) شرح المنهاج للمحلي بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣٥٥).

(٤) نهاية المطلب (٦/ ٣٠٦).

وقيل: إذا لم يكن له مال حجر عليه؛ ليجتمع إلى الحلول.

وإذا حجر عليه بالديون الحالة لم يحلَّ الدين **(المؤجل في أصح القولين)** لأنّ الأجل موضوع للإرفاق[1] مقصود في نفسه فلا يفوت بعارض الحجر.

والثاني: يحلُّ المؤجل بالحجر؛ قياساً على الموت بجامع تعلق الدين بالمال في كليهما.

وأجاب الأول بالفرق، وهو فوات الذمة بالموت دون الحجر.

(فإن كانت الديّون متساوية لقدر المال فإن كان الرجل كسوباً)، ولو قال: "الشخص" كان أشمل **(ينفق من كسبه)** على نفسه ومن عليه نفقته **(لم يحجر عليه)**؛ لعدم إطلاق المفلس عليه؛ إذ المفلس في الشرع من لا يفي ماله بالديون، وماله وافٍ فلا وجه إلى الحجر، بل يؤمر بقضاء الديون إن طلب الغرماء، ويباع ماله عند امتناعه.

وإطلاقه [يقتضي] أن لا يحجر عليه حينئذ وإن التمس الغرماء، لكن الأصح أنه إذا التمسوا حُجر عليه، لئلا يتلف ماله، صرّح به ابن الملقن وابن الرفعة، فليقيد إطلاقُه[2].

(وإن لم يكن كسوباً وكانت نفقته من ماله) لا من حاصل الأوقاف عليه، ولا من مواساة الأصدقاء؛ **(فكذلك)** لا يحجر عليه **(في أظهر الوجهين)**؛ لوفاء المال بالديون، وعدم المانع من مطالبتهم في الحال.

والثاني: يحجر عليه؛ لئلا يضيع ماله بالإنفاق، وقد لا يتفرغ الغرماء للمطالبة؛ للعوائق[3]. قال ابن الملقن: هذا هو المختار[4].

(ولا يجوز الحجر من غير التماس الغرماء)؛ إذ لا معنى لمنع المالك من التصرف من غير سبب.

---

(١) الإرفاق: خِلاف العنف، وأرفَقَهُ إرفاقاً: رَفَقَ به ونَفَعَهُ. ينظر: لسان العرب (١/ ١١٨).

(٢) ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٧٧٥).

(٣) عَاقَهُ عَن كَذَا: حَبَسَهُ عَنهُ وَصَرَفَهُ، وَبَابُهُ قَالَ، وَكَذَا اعتَاقَهُ، وَعَوَائِقُ الدَّهرِ: الشَّوَاغِلُ مِن أَحدَاثِهِ. مختار الصحاح (٢٢١) مادة: (عوق).

(٤) ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٧٧٥).

(ولو التمس) الحجر (بعضُ الغرماء دون بعض لم يكف) التماس ذلك البعض (إلا أن يكون دين الملتمسين قدراً يجوز الحجر به) بأن كان زائداً على ماله؛ فيحجر عليه؛ إجراءً للحجر مجراه؛ صيانةً لحق الملتمسين، لكن لا يختص فائدة الحجر بالملتمسين، بل يعمُّ الجميع، بمعنى أنّ ديونَ الجميع مستوفاةٌ من ماله وقت القسمة على حسب ديونهم من غير فرق بين الملتمس وغيره.

وقيل: يختص بهم حتى لا يستوفي ديونُ غيرهم عند القسمة إلاّ إذا زاد [عن] ديونهم.

ولو كان الغرماء محجورين بأن كانوا سفهاء[1] أو مجانين[2] أو صبياناً حجر القاضي لمصلحتهم؛ إذ لا اعتبار بالتماسهم.

(والتماس المفلس الحجر يقوم مقام التماس الغرماء) في جواز الحجر أو وجوبه (في أظهر الوجهين)؛ لأنه قد لا يتمالك نفسه عن التصرف بالهبة والمحاباة[3] والأكل تنعماً، فيلتمس الحجر؛ ليمتنع عن ذلك؛ ففيه غرض ظاهر.

وقال المصنف في الكبير: روي: أن حجر معاذٍ كان بالتماسه[4]، وهذا يخالف ما نقلنا عن الإمام: أن حجر معاذ كان بالتماس الغرماء.

والثاني: لا يقوم؛ لأن الحق لهم، وقد لا يطالبونه إلى زمن طويل فيتضرّر بطول الحجر. والله أعلم .

***

تصرف المفلس المحجور عليه

(فصل: إذا حجر عليه) بالتماس الغرماء، أو التماسه، أو بدون [الالتماس] إذا كانوا محجورين (تعلق حقوق الغرماء بماله) كما هو متعلق بذمته حتى لا ينفذ تصرفه بما

(١) السفهاء: جمع سفيه، وهو خفيف العقل والحِلم. لسان العرب (١٢/ ٤٩٩)، والقاموس (١/ ١٦,٩).

(٢) مجانين: جمعُ تكسيرٍ لمَجنونٍ، يقال: جُنَّ الرجلُ جُنوناً وأجنَّه اللّه، فهو مجنونٌ: أي مضطرب في عقله، ومُغلَق عليه، ومن لم يستقم كلامه وأفعاله. ينظر: التعريفات (٢٦١)، والمغرب (٢/ ٩ ,١)، ولسان العرب (١٣/ ٩٣)، ومختار الصحاح (١/ ٤٨).

(٣) حاباه محاباةً: نصره وإختصه ومال إليه. ينظر: القاموس المحيط (١/ ١٦٤٢).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (٦/ ٣٠٦)، والعزيز (٥/ ٦).

يضرهم، ولا يزاحمهم الديون الحادثة بعد الحجر بخلاف تعلق الدين بالتركة؛ فإنه يزاحم الدائن مَن حَدثَ له دين على الميت بعد الموت، بأن حفر بئراً عدواناً في ملك غيره فتردّى[1] فيه مالٌ بعد موته وتلف، والفرق ظاهر (**وأشهد**) على بناء المعلوم والمشهِدُ الحاكم (**على حجره لئلا يعامله الناس**) ولا يخبرهم بالحجر فيؤدي إلى أذى كثير، وتتبع الناس للفسخ، والبطلان.

ثم ذلك الإشهاد مستحب أو مستحق؟ فيه قولان:

والأصح الجديد: أنه مستحب، والقديم: أنه واجب؛ تتمياً لغرض الحجر.

(**فإذا باع أو وهب**) وأقبض (**أو أعتق فأحد الوجهين أن تصرفه موقوف، فإن فضل ما تصرف فيه**) بالبيع، أو الهبة، أو [الإعتاق] (**عن الدين لارتفاع القيمة**) بأن غلا الأسعار (أو[**الإبراء**] **بعض الغرماء نفَّذناه**) أي تصرفَه، أي: لا ضرر حينئذٍ على الغرماء؛ لوصولهم إلى[حقهم]؟

(**وإلاّ**) [أي:] وإن لم يفضل ما تصرف فيه (**بان أنه**) أي: تصرفه، أو ما تصرف فيه، على الاتّساع (**كان لغواً**) كما لو تصرف المريض بالهبة أو المحاباة أو الإبراء[2] ثم مات؛ فيلغوا ما زاد على الثلث، وإن شفيَ نفذ الجميع.

(**وأصحهما: أنه لا يصح شيء منها**)؛ لتعلق حق[الغرماء] بماله كالمرهون، وإجراءً للحجر مجراه بسدّ باب التصرف مطلقاً (**و على هذا فلو باع ماله بجميع الدين من غريمه**) وذلك استبدالٌ أو اعتياض فيما ليس بثمن (**أو من الغرماء**) بأن كان ديونهم من جنس واحد ونوع واحد فباعهم بلفظ واحد (**لم يصحَّ أيضاً**) كما لو باع من الأجانب (**في أظهر الوجهين**)؛ لأن الحجر لا يتبعض، بل يثبت على العموم، ولإمكان أن يكون له غريمٌ آخر.

---

(١) تردى: رَدي في الهُوَّةِ رَدّى وتَرَدَّى: تَهوَّر، قال أبو زيد: رَدِيَ فلانٌ في القَلِيب يَردى وتردّى من الجبل تَرَدِّياً ويقال: رَدى في البئر وتَرَدَّى إذا سَقَط في بئرٍ أو نهرٍ من جبَلٍ. ينظر: لسان العرب (١٤/ ٣١٦)، والمصباح المنير (١/ ٢٢٥).

(٢) الإِبرَاء: هبة الدّين لمن عَلَيهِ الدّين، وكما يستَعمل فِي الإِسقَاط يستَعمل فِي الإستِيفَاء يُقَال: أَبرَأَهُ بَرَاءَة قبض وَاستِيفَاء. الكليات (٣٣).

والثاني: يصح؛ لتضمنه براءة الذمة عن الدين، والأصل عدم غريم آخر.

ومحل الخلاف فيما إذا لم يأذن القاضي؛ فإذا أذن صح بلا خلاف؛ إذ إذنُه في ذلك رفعٌ للحجر .

(**فلو باع شيئاً سلماً**) بالتزامه المسلم فيه بأوصاف مرعية، وأخذ رأس المال في المجلس، أو اشترى شيئاً وقبضه (**بثمن في الذمة فالصحيح أنه**) أي: العقدَ، أو كلَّ واحد من السلم والشرى[1] (**يصح ويثبت**) المسلم فيه أو الثمن (**في ذمته**)؛ لأن المسلم فيه والثمن لم يكونا موجودين حالة الحجر؛ فلم يكن ممنوعاً منه مع أن فيهما حظَّ الغرماء.

والثاني: لا يصح منه كالسفيه؛ بجامع الحجر.

وأجيب: بأن الحجر على السفيه؛ لعدم القابلية، وذلك لا يختلف بالحلول والآجال، وعلى[المفلس]؛ للمنع [عن] التصرف في المال الموجود، فأين هذا من ذاك؟

ثم الخلاف من الوجهين عند الجمهور، وحكم في الروضة:" أنه من القولين: منصوص ومخرَّج"[2].

وإذا صححنا شراءه فلا فرق بين أن يكون الثمن حالًّا أو مؤجّلاً ما لم يجرِ العقد على عينه.

(**ولا يُمنع**) المفلسُ (**من النكاح**)؛ إذ ليس من التصرفات المالية الممنوعة منها؛ لكن مؤنات النكاح من النفقة والكسوةِ وغيرهما تكون من كسبه، ولا يتعلق بها في يده (**و**) من (**الطلاق والخلع**) أما الطلاق فظاهر، وأما الخلع فلأن المال ليس من جهته، وليس من مقابله مال؛ فهو كما لو وهِب منه (**ومن استيفاء القصاص**) من إضافة المصدر إلى المفعول (**و**) من (**إسقاطِه**) **إن قلنا**: إن موجب العمدِ القودُ المحضُ، والدية بدل منه، **وإن قلنا**: إن موجِبه أحد الأمرين ففي إسقاطه وجهان:

أحدهما: لا يجوز إسقاطه؛ لأن موجبه لما كان أحد الأمرين فكأنه عفا عن المال.

---

(١) يقصد الشارح أن ضمير المفرد الغائب وهو الهاء في " أنه " يجب أن يرجع إلى مفرد حقيقي أو بالتأويل.

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٢١ و ٢٢٢).

والثاني: يجوز إسقاطه؛ لأنه لمّا لم يتعين واحدٌ من الأمرين فبأيّهما ابتدأ فكأنه هو لا غير، فلم يفوت شيئاً [على]الغرماء.

(**ولو أقر بدين لزمه قبل الحجر**) بإتلاف أو معاملةٍ أو جنايةٍ (**ففي قبوله في حق الغرماء قولان: أصحهما القبول**) في حق الغرماء كما هو مقبول في حق نفسه؛ إذ لا تهمة في ذلك؛ لأنَّ ضرر الإقرار على نفسه أكثرُ من ضرره على الغرماء، فإقراره كالبينة.

والثاني: لا يقبل في حقهم؛ لأن الحجر إنما كان لحق الموجودين، مع أنَّ المواطأة محتمل.

ورُدَّ بأن احتمال المواطأة خلاف الظاهر، والأصل في [الأقارير] صدورها عن تحقيق.

(**وإن أسند لزومه**) أي: الدينِ (**إلى ما بعد الحجر، وقال: إنه**) أي: الدينَ [ثبت] (**عن معاملة أو أطلق**) وقال: "لفلان عليَّ ألف لزمني بعد الحجر"، ولم يقيد بمعاملة أو جناية (**لم يُقبل في حقهم**)؛ إذ هو ممنوع من المعاملات، والأصل في الديون أن تكون بها، وإن أطلق فإقراره حينئذٍ لاغٍ في حقهم فلا يزاحم المقَرُّ له الغرماءَ.

(**وإن قال:**) "ثبت (**عن جناية**" **فالأظهر**) من الوجهين (**القبولُ**)؛ لأنّ الجناية لا تدخل تحت الحجر؛ فتأخُّرُها عن الحجر، وتقدمُها عليه سواء.

والثاني: لا يقبل؛ كدين المعاملة بعد الحجر.

(**ولو أقرّ بدين، ولم يُضفه إلى ما بعد الحجر ولا قبله**) قال المصنف في الشرح الكبير: قياس المذهب التنزيلُ [على]الأقل وجعلُه كما لو أسنده إلى ما بعد الحجر، واستدرك النووي وقال: هذا إذا لم يمكن مراجعته، فإن أمكنت (**فينبغي أن يراجع ليبيّن**)؛ لأنّ إقراره مقبول[1].

(**وإذا أقرّ بعين مال**) لغيره بأن قال: هذا العبد لزيد مثلاً (**فهو كإقراره بدين مسنَد إلى ما قبل الحجر**) فيستَرَدُّ منه ويدفع إلى المقرِّ له.

وقضيةُ التشبيه جريانُ الخلاف في العين أيضاً، وهو[مقتضى]إطلاق الجمهور، لكن

---

(١) العزيز ط العلمية (٥/ ١٠)، وروضة الطالبين (٤/ ١٣٢).

قال أبو الحسين العباديُّ[1]: إنه لا خلاف في العين؛ للنص عليها وبُعدِها من تهمة المواطأة.

(وله)[أي:]للمفلس المحجورِ عليه **(أن يردَّ ما كان قد اشتراه)** قبل الحجر أو بعدهُ على الذمة إن صححناه **(بالعيب)** متعلق بيردّ **(إن كانت (الغبطةُ**[2] **في الردّ)** بأن علم أنه لا يَرُوجُ[3] رواجَ السليم فيكون مغبوناً في بيعه ثانياً.

وإن كانت الغبطة في إبقائه: بأن كانت قيمته أكثر من ثمنه ويروج بقيمته[لم يكن]له الردّ؛ لأنه تفويتُ مال على الغرماء [بلا عوض].

وإن كان الردُّ والإبقاء متساويين في الغبطة؛ فالذي [يقتضيه] إطلاق الجمهور لا يردُّ؛ لعدم الفائدة. ولو قيل بوجوب الرد لم يُبعَد؛ لقلة الراغب في المعيب.

والرد بالخيار كالرد بالعيب على التفصيل.

(وأصح الوجهين أنه يتعدى الحجر إلى أمواله الحادثة بعد الحجر بالاصطياد وقبول الوصية)، والهديات، والهبة، والإجارة **(وبالشّري إن صححناه في الذمة)**؛ لأنَّ فائدة الحجر أن يجمع الأموال ولا يتصرف فيها إلى القسمة، فلو لم يحكم بالتعدي وجوزنا تصرفه فيما يحدث بيعاً وأكلاً وهبة فلا فائدة في الحجر.

والثاني: لا يتعدى؛ لأنها لم تكن موجودة حالة الحجر؛ فلا يتناولها الحجر.

(وأنه) أي: والأصح أنه – عطف على قوله: أنه يتعدى، لكنه من ثلاثة أوجه بخلاف الأول، ولا يبالي المصنف بذلك – **(ليس لمن باع منه في الذمة أن يفسخ ويتعلق**

---

(١) أبو الحسين، العبَّادي، الواعظ، هو أردشير بن منصور من أهل مرو، وكان يخاطَب بالأمير قطب الدين، قدم بغداد سنة ست –وقيل: سنة خمسة وثمانين وأربعمأة– وجلس في النِّظامية، وحضر أبو حامد الغزالي مجلسه، وكان يحاضره ويذاكره، فامتلأ صحنُ المدرسة وأروقتُها وغرفُها وسطوحُها بالناس. توفِّي في "السنة السادسة والتسعين وأربع مائة من الهجرة، ولم نجد أسماء مؤلفاته ولكن نقل عنه في العزيز و. «مرآة الزمان في تواريخ الأعيان» (١٩/ ٥٢٤). «البداية والنهاية ط هجر» (١٦/ ١٣٥).

(٢) الغِبطَةُ، بالكسر: حُسنُ الحالِ، والمَسَرَّةُ والنَّعمَةُ. ينظر: تاج العروس (١٩/ ٥٠٢) والمراد هنا: النفع. المحقق.

(٣) راجت السِّلعةُ: كثُر طُلاَّبُها".. راجتِ العُملةُ: تعامل النَّاسُ بها.. معجم اللغة العربية المعاصرة للدكتور أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت: ١٤٢٤هـ) بمساعدة فريق عمل الطبعة: الأولى، (١٤٢٩ هـ – ٢٠٠٨ م)– عالم الكتب: (٢/ ٩٥٣).

بعين متاعه إن كان عالماً بالحال) أي: بأنه مفلس محجورٌ عليه بالإفلاس؛ لأنه رضِي بإمضاء[١] البيع على تأخير الثمن، فهو كما لو اشترى معيباً وقد علم عيبه.

(وإن كان جاهلاً بالحال فله ذلك) أي: الفسخُ والتعلُّق بعين متاعه؛ لأن العقد قد جرى وهو طامع[٢] في استيفاء الثمن بيسرٍ فبان خلافه.

والثاني: له ذلك مطلقاً، أما في صورة الجهل فظاهر، وأما في صورة العلم فلأن المسامحة والرضاء بتأخير الحقوق مبنيٌّ على الإرفاق[٣] معدودٌ من قبيل الوعد، ولا يلزم الوفاء بذلك.

والثالث: ليس له ذلك مطلقاً، أما في صورة الجهل فلأنه مُقَصِّر بترك البحث، وأما في صورة العلم فلأنه رضِيَ به.

(وأنه) أي: والأصحُّ [من] الوجهين أنه إذا لم يكن له التعلق بعين ماله بأن كان عالماً بالحال أو قلنا بالثالث **(لا يزاحم الغرماء بالثمن)**؛ لأن ذلك حدث بِرضاه فعليه الصبر إلى أن تنتهي فرصته.

والثاني: يزاحم؛ لأنه في مقابلة ملك جديدٍ زاد المال به.

ولو قصَّر في الفسخ بعد العلم فليس له التعلق بعين ماله، ثم هل له مضاربة الغرماء بالثمن؟ وجهان: **أصحهما:** أنّ له ذلك؛ لئلاّ يتضرر من كل وجه.

والثاني: ليس له ذلك؛ لتفويت حقه في الفسخ بتقصيره، فلا يزاحم الغرماء في حقهم.

***

بيع مال المفلس وتقسيمه على الغرماء

(فصلٌ: يبادر القاضي) استحباباً **(بعد الحجر)** على المفلس **(إلى بيع ماله وقسمته)** [أي:] ثمنِه بين الغرماء؛ استعجالاً [لرفع] الحجر، واستقصاراً لزمن التعطيل؛ لكن لا

---

(١) **أمضى الأمر:** أنفذه. مختار الصحاح (٢٦١)، في مادة: (م ض ي).

(٢) **طامع:** طمع فيه وبه طمعاً فهو طمع وطمُعٌ: حرص عليه ورجاه. لسان العرب (٨/ ٢٣٩).

(٣) **الإرفاق:** يأتي بمعنى النفع، وأرفقه أيضاً نفعه. ينظر: مختار الصحاح (١٠٥) في مادة: (ر ف ق).

يبالـغ في التعجيـل ولا يُظهـر الـضرورةَ في بيعهـا؛ لئـلا يتغافـل النـاس عـن الـشري ليبيـع منهـم بثمـن بخـس.

(ويُقَدِّمُ) في البيـع (ما يخاف منه الفسـاد) كالرّياحـين[1]، والبقـول، والفواكـه الرطبة؛ لئلا يضيـع بـلا فائـدة (ثـم الحيوان) بأنواعـه: مـن العبيـد، والإمـاء، والنَّعـم، والخيـل، والبغـال، والحمـير؛ لاحتياجـه إلى مـا يعيـش بـه مـع أنـه عُرضـةٌ للهَـلاك (ثـم سـائر المنقـولات) مـن الأمتعـة مـن الـسرر[2]، و النـهارق[3]، و الصناديـق[4]؛ لأنهـا أقـرب إلى التلـف بعـد الحيـوان بالسرقـة والحُرقـة.

قال العبادي: لا يباع كتب العلم للعالم إذا كان يتعلمها تدريساً، وتدرساً.

(ثـم العقـارات) مـن الأراضي، والأشـجار؛ لعـدم خـوف الهـلاك بتأخير بيعهـا، واحتـمالُ الاحـتراق بعيـدٌ غالبـاً.

[وليبيـع] الأمـوالَ (بحـضرة المفلـس) أي بحضـوره (و) حـضرة (الغرمـاء) استحباباً؛ دفعاً للتهمـة في المماكسـة[5] والمسـاومة، وتطييبـاً لقلـوب الفريقـين، ووكلاءُ الجانبـين كأنفسـهم في ذلك.

[وليبيـع] كلّ شيء في سـوقه: فالعبـد في سـوق العبيـد، والثـوب في سـوق الأثـواب، والأسـلحة في سـوق الأسـلحة، وعـلى هـذا فقـس؛ لأنّ كلَّ شيء إنـما يطلـب في سـوقه فهنـاك يكثـر الطالبـون ويزدحـم الراغبـون، فربـما يزيـد عـلى ثمـن المثـل مغايظـة[6]، ومحاسـدة[7] كـما

---

(١) الرِّياحين: جمع ريحان، وهو كل ما طاب ريحه من النَّبات، وعند الفقهاء: الريحان ما لساقه رائحةٌ، وقيل كل بقل طيب الريح، والجمع رياحين، وقيل كل بقل طيبة الريح.ينظر: المغرب (١/ ٣،٥١) ولسان العرب (٢/ ٤٥٥).

(٢) السرر: مفرده: السرير: المضطجع الذي يضطجع عليه الإنسان ويجلس عليه. ينظر: لسان العرب (٤/ ٣٥٦)، والقاموس (١/ ٤٢٣).

(٣) النهارق: واحدتها نُمرقة وهي الوِسَادةَ، وهي بضم النون والراء وبكسرهما وبغير هاء وجمعها نَمارق. ينظر: لسان العرب (١/ ٣٦١).

(٤) الصناديق: جمع (صندوق) وهو الذي يحرز فيه المتاع. لسان العرب (٢ / ١٧)، و (١/ ٧, ٢).

(٥) المماكسة في البيع: انتقاص الثمن واستِحطاطُهُ. ينظر: لسان العرب (٦/ ٢٢٠).

(٦) المغايظة: غايظه فاغتاظ: باراه فصنع ما يصنع، فِعلٌ في مُهلة أو منهما جميعاً. لسان العرب (٧/ ٤٥١).

(٧) المحاسدة: من (الحسد) والحسد أن تتمنى زوال نعمة المحسود إليك. مختار الصحاح (٥٧).

هو الغالب. وأمّا العقار فيبعث دلاّلاً[١] ينادي ويصفه ويشهره في الأسواق والزقق[٢].

(**ولا بدَّ أن يبيع كل شيءٍ بثمن المثل**) اللآئق به في ذلك الزمان والمكان، ومعناه: أنه لا يبيع بأقل من ثمن المثل، لا أنه يقتصر على ثمن المثل؛ إذ له أن يزيد وإن نهاه المفلس عن ذلك؛ لتعلق حق الغير به، يكون ذلك الثمن (**من نقد البلد**) أي: الذي يدور عليه السوق دراهم أو دنانير، صِحاحاً أو مكسرة، زُيوفاً[٣] أو رائجة[٤] (**حالّاً**)؛ لأن القاضيَ كالوكيل، ولا يجوز للوكيل أن يخالف في شيء من ذلك.

(**ثم إن كانت الديون**) أي ديون الغرماء (**من غير جنس ذلك النقد**)[أي:]الذي يدور عليه السوق (**ولم يرض الغرماء إلاّ بجنس حقوقهم صرف**) ذلك النقد (**إليه**) أي: إلى جنس حقوقهم وجوباً، وإن لم يَرُج رواج الأول، إلا إذا لم يجد ذلك إلاّ بِغَبنٍ[٥] فاحشٍ[٦] فلا يكلّف بذلك، وحينئذٍ: إما أن يصبر الغرماء إلى الوجود أو يأخذ كلّ ما يخص به رهناً إلى أن يجد جنس حقوقهم، ولا يقطع ذلك مثل رأس الحمار في الجب[٧].

(**وإن رضوا به**) أي بغير جنس حقوقهم (**جاز أن يصرف**) القاضي (**إليهم**) لأنه إما استبدال، أو إعتياض، وذلك جائز (**إلا في السّلم**) فإنه لا يجوز؛ لما مرّ من امتناع[الاستبدال]عن المسلم فيه؛ لانعقاد العقد عليه بأوصافه، والعوض ليس بذلك، وهذا مبنيٌّ على جواز السلم في النقد، وقد مرّ الخلاف فيه في السلم[٨]، والأصحُّ جوازه.

---

(١) **الدلاّل**: الدَّلاَّل الذي يجمع بين البَيِّعَين. ينظر: لسان العرب (١١/ ٢)

(٢) **الزقق**: جمع زقاق وهو الطريق النافذ وغير النافذ الضيق دون السكة. لسان العرب (١٠/ ١٤٤).

(٣) الزَّيفُ: مِن وصفِ الدَّراهم، يُقَالُ: زَافَت عَلَيهِ دَرَاهِمُه أي صَارَت مَردُودةً لغِشٍّ فِيهَا. لسان العرب (٩/ ١٤٢) مادة: (زيف).

(٤) يقال :راج الشيء يروج رواجاً بالفتح أي نفق. ينظر: مختار الصحاح (١١٠) مادة: (روج).

(٥) والغَبنُ فِي البَيعِ وَالشِّرَاءِ: الوَكسُ، والوَكسُ: اتِّضاع الثَّمَنِ فِي البَيعِ. لسان العرب (١٣/ ٣١٠)، و (٦/ ٢٥٧).

(٦) الفاحش: من فحش وهو كل شيء جاوز حدَّه. مختار الصحاح (٧١) مادة (فحش).

(٧) الجُبُّ: البِئرُ، مذكر، وقيل: هي البِئر لم تُطوَ"، وقيل: هي الجَيِّدةُ الموضع من الكَلإِ، وقيل هي البِئر الكثيرة الماءِ البَعيدةُ القَعرِ. لسان العرب (١/ ٢٤٩)، وفي بعض النسخ: "في الخب" بالخاء، ولا يظهر لي مراد الشارح.

(٨) قال الشارح: "..وسكت المصنف عن السلم في الربويات، والصحيح جوازه بشرط أن لا يكون رأس المال من جنس المسلم فيه إلا أن يكون السلم حالاً وتقابضا في المجلس. ينظر: الوضوح، كتاب السلم (٢/ ....) وينظر: روضة الطالبين (٤/ ٢٧).

(ولا يُسَلِّمُ) القاضي (مبيعاً قبل قبض الثمن) لأنه محتاط كالوكيل؛ فلو سَلَّمَ دخل في ضمانه، نعم لو وجد فرصة البيع ولو صبر إلى القبض فاتت الفرصة باع وأرتهن به.

(وما يؤخذ من أثمان الأموال يُقَسَّمُ بين الغرماء) حين الأخذ استحبابا استعجالا لبراءة ذمة المفلس، وإيصال الحقوق إلى أربابها (إلاّ أن يعسر القسمة﴿ لقلّته﴾) أي: قلة ما تؤخذ، أو لكثرة الغرماء-هكذا أطلق الأصحاب، والحق [أنّ]ذكر القلة يغني عن ذلك، لأنّ الكثير عند كثرة الغرماء قليل- فتؤخَّر القسمة (إلى أن يجتمع) المال، ويكثر.

فإن لم يرض الغرماء بالتأخير، ورضوا بما وقع لهم من القليل فعن الإمام: أنهم يجابون-إليه، وقال المصنف في الشرح الكبير: الظاهر خلاف ما قال الإمام بل لا يجابون إلى ذلك[1]، وتؤخر القسمة ليجتمع؛ لأنّ ذلك [أبعدُ]من التنازع والتجالب[2].

(وعند القسمة) بين الغرماء (لا يكلفون ببينة على أن لا غريم له) أي للمفلس (سواهم)؛ لأن الظاهر أنه لو كان له غريم سواهم لجاء وطلب حقه؛ لأنّ الحجر يشتهر عن قريب.

وفي وجه: يكلفون بذلك، فإن جاءوا بها فذاك؛ وإلاّ حُلِّفوا على أنهم لا يعلمون غريماً سواهم.

(ولو ظهر) غريم (آخر بعد القسمة فالظاهر من الوجهين أنها) أي القسمة (لا تنقَض، ولكن يشاركهم بالحصة)؛ لحصول الغرض بذلك فلا حاجة إلى النقض واستئناف[3] القسمة.

والثاني: تنقض و تستأنف؛ لأنّ ذلك أبعد من التهمة، [وأقرب] إلى تطييب القلوب.

فلو قسم ماله وهو مائة وخمسون على غريمين: لأحدهما مائتان، وللآخر مائة فدفع مائة إلى صاحب المائتين، وخمسون إلى صاحب المائة؛ فظهر غريم له ثلاثمائة استردّ من كل نصف ما أخذ، ويدفع إلى الغريم الثالث.

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٦/ ٣٩٧)، والعزيز (٥/ ١٩).

(٢) التنازع: التخاصم. مختار الصحاح (٢٧٣)، من (ن ز ع)، والتجالب: المشاركة في جلب كل منهما المتاع أو الحق وسوقها إلى نفسه ينظر: لسان العرب (١/ ٢٦٨)، ومختار الصحاح (٤٥) من (ج ل ب).

(٣) الاستئناف: من (استأنف)، وهي الشيء إذا ابتدأه . لسان العرب (٩/ ١٥)، باب (أنف).

وعلى الثاني: يستردّ القاضي ما أخذاه، ويقسم بين الثلاثة فيدفع مائة إلى صاحب المائتين، وخمسين إلى صاحب المائة، ومائة وخمسين إلى صاحب ثلاثمائة، وعلى هذا فقس.

فلو كان بعض الغرماء وقت القسمة غائباً فإن علم دينه أخذ له القاضي بقدر حصته، وإن لم يعلم فتؤخّر القسمة إلى أن يحضر، وذلك إذا عرف موضعه ولم يكن منقطع الخبر، وإن لم يُعرف وانقطع خبره فإن أقرّ المفلس له بقدر معلوم وقف بقدره، وإن قال: لا أعرف قدر دينه فيؤخذ له ما يقول المفلس أنه لم يكن أقلّ من ذلك، فإن جاء وأثبت زيادة فهي كدينٍ ظهر، ففيه الخلاف.

(**ولو خرج شيء مما باعه المفلس قبل الحجر مستحقاً**) أي متعلِّقاً به حقُّ الغير، وذلك أولى من التعبير بالحرام لشموله ما ظهر مرهوناً أو عبداً تعلق برقبته أرش جناية (**والثمن غير باق فهو كدين ظهر**) بعد القسمة من غير هذا الوجه، فيشارك المشتري الغرماءَ بقدر الحصة من غير نقض القسمة أو مع نقضها على ما سبق من الخلاف، ولو كان الثمن باقياً فيأخذه من غير مزاحمة الغرماء.

(**وإن ظهر الاستحقاق في شيء مما باعه الحاكم**) وكان الثمن غير باق (**فيضارب المشتري بالثمن**) أي: بقدره؛ لأن الثمن غير باق (**مع الغرماء**) فيأخذ بنسبة حصته (**أو يتقدم عليهم**) ويأخذ قدر الثمن بقي لهم شيء أو لم يبق (**فيه قولان: أرجحُهما الثاني**) أي: يتقدم على الغرماء؛ لأن ذلك التقديم من مصالح الحجر؛ لإفضائه إلى استمالة القلوب إلى شري مال المفلس، بخلاف ما لو قيل بالمضاربة؛ فإنه يفضي إلى إعراض الناس عن شري مال المفلس.

ووجهُ مقابلِه: أنه كسائر الديون في ذمة المفلس فيضارب مع الغرماء؛ بجامع كونها في ذمة المفلس.

(**وينفق**) الحاكم (**عليه**) أي على المفلس (**وعلى من عليه نفقته**) من الزوجات والأقارب (**إلى الفراغ من بيع ماله**)؛ لأن ماله لم يزُل عنه فهو موسر[1] (**وقسمتِه**).

---

(١) الموسر: بضم الميم وكسر السين اسم فاعل جمعه مياسير: هو الغني، ويطلق أيضاً على من ملك النصاب الموجب للزكاة عدا حاجاته الضرورية كالمسكن والثياب ونحو ذلك. معجم لغة الفقهاء (٣٥٢)

قيل: لا يمدّ ذلك إلى القسمة، بل إذا باع الحاكم انقطع حق النفقة عنه.

وظاهر عبارة الكتاب يقتضي الامتداد؛ إذ بالبيع وأخذِ الثمن لا يخرج عن ملكه.

والكسوة كالنفقة، لكن لما كان الغالب أن يكفيهم ما عليهم من الكسوة زمان البيع؛ لقصر الزمان لم يذكره المصنفَ.

(إلاّ أن يستغني عنه بالكسب) فلا ينفق عليهم ولا يكسوهم ويصرف ما يكسب إليها؛ فلو لم يكف الكسب كمّل من سائر الأموال.

ونفقةُ الأقارب على الكفاية. وأما نفقةُ الزوجات وأمهات الأولاد: فالذي يقتضيه كلام الإمام نفقةُ المعسرين،[1] واستدل بما روى المزني عن مختصر الشافعي أنه قال: **أُنفِقَ مِنهُ عَلَيهِ، وَعَلَى أَهلِهِ كُلَّ يَومٍ أَقَلَّ مَا يَكفِيهِم مِن نَفَقَةٍ وَكِسوَةٍ**[2].

والذي يقتضيه كلام المصنف والروياني نفقةُ الموسري، قال المصنف: وذلك قياس الباب، وإلاّ لما أنفق على أقاربه، وميل النووي على كلام الإمام أكثر[3]، وعلى الجملة ينفق عليهم يوماً بيوم، ولا يَدفع إليهم يومين أو أكثر.

(**ويباع مسكنه وخادمه على الأصح**) من ثلاثة أوجه (**وإن احتاج إلى الخادم لزمانته**) أي: لضعفه وعدم قيامه بنفسه بحيث يحتاج في القيام والقعود الى المعاون، وقد يكون ذلك خلقة، وقد يكون لعارض (**أو لمنصبه**) أي: كونه بحيث لا يليق به أن يخدم نفسه، ويكون به تاركاً للمروءة، وذلك لأن براءة الذمة عن الدين وإرضاء الخصوم بإيصال حقهم من أهم ما يحتاج إليه.

والثاني: لا يباعان لاحتياجه إليهما فكأنهما لم يكونا، وهذا إذا كانا لائقين بحاله، أما إذا كانا نفيسين فيباعان بلا خلاف.

والثالث: يبقى المسكن دون الخادم؛ إذ الحاجة إليه أشدُّ.

(**ويترك له دست ثوب**) الدست: فارسي معرب يراد به ما يلبس غير مكرّر النوع

---

(١) المعسر: بضم الميم وكسر السين، خلاف الموسر، ويطلق أيضاً على من عجز عن قضاء ما عليه من الدين في الحال.

(٢) مختصر المزني (٨/ ٢٠٢)، ونهاية المطلب (٦/ ٤٠٩).

(٣) ينظر: العزيز (٥/ ٢٢)، وروضة الطالبين (٤/ ١٤٥).

(يليق بحاله) شرفاً ووضعاً، فما للشريف غير ما للوضيع، وما للأمراء وأصحاب الأحكام غير ما للسوقة والأراذل.

(هو) أي: دست الثوب **(القميص والسّراويل)** والتّبان:[١] الذي [له] حجر وتكة وانفرج المساق[٢] فيه مخيطاً **(والمنديل)** وهو العمامة هكذا عبر عنه في الروضة والمنهاج[٣]، ولعل أهل قزوين[٤] يسمّون العمامة منديلاً فعبر المصنف عن اصطلاحهم[٥] **(والمكعب)** وهو القبش العراقي، ويقال له في الشام[٦]: مداس[٧].

(ويترك في الشتاء الجبة) وهو ماله [ظهارة و بطانة] وقيل: وحشوٌ أيضاً، وهذا مثال، وإلاّ فالمعتبر ما يليق به من جبّة أو فروة أو لبد، و**(يترك)** لعياله ما يترك له، وإن كان

---

(١) والتُّبَّان، بالضم والتشديد: سَراويلُ صغيرٌ مقدارُ شبر يستر العورة المغلَّظة فقط، يكون للملاحينَ. لسان العرب (١٣/ ٧٢).

(٢) كلمة (المساق) جاء في نسخة (ب) بـ (المساقة).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٣)، والسراج الوهاج (٢٢٢).

(٤) **قزوين**: بالفتح ثم السكون وكسر الواو وياء مثناة من تحت ساكنة ونون، مدينة مشهورة بينها وبين الري سبعة وعشرون فرسخاً، وإلى أبهر اثنا عشر فرسخاً، وهي في الإقليم الرابع طولها خمس وسبعون درجة وعرضها سبع وثلاثون درجة. ينظر: معجم البلدان (٤/ ٣٤٢-٣٤٣).

(٥) واستعمل المصنف كلمة (المنديل) بدل (العمامة) في الشرح الكبير أيضاً. ينظر العزيز (٥/ ٢٢).

(٦) حد الشام من الفرات إلى العريش المتاخم للديار المصرية وأما عرضها فمن جبلي طيء من نحو القبلة إلى بحر الروم وما بشأمة ذلك من البلاد، وبها من أمهات المدن: منبج، وحلب، وحماة، وحمص، ودمشق والبيت المقدس، والمعرة، وفي الساحل أنطاكية، وطرابلس، وعكا، وصور، وعسقلان، وغير ذلك.. وهي خمسة أجناد جند قنسرين، وجند دمشق، وجند الأردن، وجند فلسطين، وجند حمص، وقد ذكرت في أجناد ويعد في الشام أيضاً الثغور، وهي المصيصة، وطرسوس، وأذنة، وأنطاكية، وجميع العواصم من مرعش، والحدث وبغراس، والبلقاء، وغير ذلك.. وطولها من الفرات إلى العريش نحو شهر، وعرضها نحو عشرين يوماً، ينظر: معجم البلدان (٣/ ٣١٢).

(٧) المكعب والمداس: شيء واحد كما أشار إليه الشارح، فالمِكعَبُ: وزان مقود: المداس لا يبلغ الكَعبين، والمَدَاسُ: الذي ينتعله الإنسان، فإن صحّ سماعه فقياسه كسر الميم؛ لأنه آلة وإلا فالكسر أيضاً حملاً على النظائر الغالبة من العربية، ويجمع على أَمدِسَةٍ مثل سلاح وأسلحة. ينظر: المصباح المنير (٢/ ٥٣٥)، وتاج العروس (١/ ٣٩٤٨)

الكتابة لا يتناوله، ولو كان من أهل العرض وأمثاله يلبسون الخفاف[١] والدراعة[٢] ويضعون الطيلسان[٣] على أعناقهم ترك ذلك له أيضاً.

واقتصاره على لباس البدن يقتضي أن لا يترك له الفرش[٤] والبُسط[٥] من اللحاف[٦] والمضرَّبة[٧] والطنافس[٨] والزلية[٩] وكذا المخادّ[١٠] والوسائد[١١] والستور[١٢] وغيرها من أثاث البيت. نعم؛ يسامح بلبدٍ[١٣] وحصيرٍ[١٤] ومساحٍ[١٥] بالية وجلودٍ خفيضة [القيَم].

---

(١) الخفاف: جمع الخُفّ وهي التي تُلبس في القدمين، وشرعاً: كل محيط بالقدم ساتر لمحل الفرض مانع للماء يمكن متابعة المشيء فيه. ينظر: القاموس المحيط (١/ ٣٢)، والتعاريف (١// ٣٢).

(٢) الدُّراعة: ضرب من الثياب التي تُلبَس، قيل: هو جُبَّة مشقوقة المُقَدَّم، ودِرعُ المرأة: قميصها. ينظر: لسان العرب (٨/ ١)، وكتاب العين (٢/ ٣٥)، ومختار الصحاح (١/ ٢١٨).

(٣) الطَّيلَسُ والطَّيلَسانُ ضرب من الأكسية، وهو فارسي معرب أصله تالَشانِ، وجمعه (طَيَالِسةٌ) وهو من لباس العَجم مُدَوَّرٌ أسودِ. ينظر: لسان العرب (٦/ ١٢٤)، والمغرب (٢/ ٢٣).

(٤) الفرش: مصدر فرش فَرَشَ يَفرِش ويفرُش وهو بسط الفراش وافترَش فلان تُراباً أو ثوباً تحته، والمِفرَشةُ الوِطاءُ الذي يُجعل فوق الصُّفَّة، والفَرشُ المَفروشُ من متاع البيت. لسان العرب (٦/ ٣٢٦).

(٥) البُسط: جمع البِساطُ بالكَسرِ، والفراش والمهاد والبساط متقاربة بالمعنى، والمراد بكل منها ما يفرش. التعاريف (٢٥٨). وباللغة الكردية: (بەرە).

(٦) اللِّحاف: اسم ما يُلتَحف به، وهو كلُّ ما تغطَّيت به. لسان العرب: (٩/ ٣١٤). وباللغة الكردية: (لێفە).

(٧) ضَرَّبَ النَّجَّادَ المُضَرَّبَةَ: خَاطَهَا مَعَ القُطنِ، وبساط مُضَرَّبٌ: مخيط مخلوط معه القطن. ينظر: تاج العروس (٣/ ٢٥٢).

(٨) الطنافس: الطِّنِفِسَةُ بِكَسرَتَينِ فِي اللُّغَةِ العَالِيَةِ، ...، وَفِي لُغَةٍ بِفَتحَتَينِ وَهِيَ: بِسَاطٌ لَهُ خَملٌ رَقِيقٌ المصباح المنير (٢/ ٣٧٤)

(٩) الزلية: نوع من البسط والجمع الزَّلاليُّ. المصباح المنير (١/ ٢٥٥). باللغة الكردية: (قاڵی).

(١٠) المخاد: جمع مِخَدَّة بالكسر وهي المِصدَغة لأن الخَدَّ يُوضَعُ عليها. تاج العروس (١/ ١٩٦٨)، ومختار الصحاح (١/ ١٩٦)

(١١) الوساد والوسادة: المِخَدَّةُ، والجمع وسائد ووُسُدٌ. لسان العرب (٣/ ٤٥٩)

(١٢) الستور: جمع ستر وهو ما يستر به كائناً ماكان وكذا السَّتارة والجمع الستائر. مختار الصحاح (١٢) مادة (س ت ر).

(١٣) لبد: اللِّبد: بِسَاطٌ معروف مكون من صُوفٍ مَتَلَبِّدٍ. ينظر: تاج العروس (١/ ٢٢٤٩).

(١٤) الحصير: البساط الصغير من النبات. ينظر: لسان العرب (٤/ ١٩٦) باب (حصر). وباللغة الكردية: (حەسیر).

(١٥) والمسح بالكسر: البلاس، والجمع أمساح ومسوح، والبلاس كسحاب: الثوب الخشن الغليظ. ينظر: الصحاح (١/ ٤٠٥) و (١/ ٢٥٢)، وباللغة الكردية: (پەلاس).

ولو كان ممن يتنعم قبل الإفلاس بنفايس الثياب مما لا يليق به وأراد أن يترك له مثل ذلك لا يجاب، ويعطى ما يليق به.

ولو كان شحيحاً يضيّق على نفسه، ويلبس ما لا يليق بمروءته أبقى على ما كان، ولم يزد على ما لبس؛ لأنه إن كان ذلك لشحة كما هو الظاهر فلا يزيد؛ رغماً عليه، وإن كان لزهادة[١] وقلة رغبة في الدنيا فلا يخالف ما أراد؛ إبقاءً له على ما عليه من اقتراف الأجر ودفع العجب.

قال الأصحاب: كل ما قلنا: " يترك له " لو لم يكن في ماله لا بدّ أن يُشترى له[٢].

(**ويترك قوت يوم القسمة له و لمن عليه نفقته**) من الزوجات والأقارب وأمهات الأولاد؛ لأنه قد أصبح وهو موسر، والنفقة تجب في أول اليوم إذا كان موسراً فيه، ولا تسقط بإعساره بعده حتى لو لم ينفق بقت في ذمته، قال (الغزالي: وسكن ذلك اليوم[٣]، ولم يتعرض له غيره، لكن تبعه كثيرون.

والمراد: اليوم بليلة، كما صرّحَ به البغوي ونقل عنه صاحب الروضة وأقره[٤].

(**وليس على المفلس**) على سبيل الوجوب (**بعد قسمة ماله**) بين الغرماء (**أن يكتسب أو يؤجِّر نفسه**) وإن كان محترفاً[٥] وقوياً على العملَ (**لبقية الديون**)؛ لأنه ﷺ لما قسم مال معاذ بين الغرماء لم يأمره بشيء آخر، وقد قال الله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (البقرة: ٢٨٠) فإن الله تعالى حكم بإمهاله ولم يأمره بالكسب.

وفي وجه: يجب الاكتساب [و] إجارة نفسه؛ توفية للحق عليه؛ إذ الحكم بالإمهال من الشارع لا يوجب البراءة وإسقاطَ الحقوق.

---

(١) الزهادة: من الزهد، والزهادة في الدنيا ولا يقال: الزهد إلاّ في الدنيا خاصة، والزهد: ضد الرغبة، والحرص على الدين. لسان العرب (٣/ ١٩٦) مادة (زهد). وباللغة الكردية: (بيَ نيازي).

(٢) ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٣/ ١١٠).

(٣) ينظر: الوسيط (٤/ ١٥).

(٤) الذي في الروضة (٢/ ٢٣٠): ذكر الغزالي: "أنه يترك له سكنى ذلك اليوم أيضاً تستمر على قياس النفقة"، لكنه لم يتعرض له غيره، فالنقل عن الغزالي وليس عن البغوي. ينظر: التهذيب (٤/ ٦, ١).

(٥) المحترف: الصانع، وفلان حريفي أي: معاملي. لسان العرب (٩/ ٤٤).

(وفي إجارة الضيعة الموقوفة عليه وأم ولده وجهان) الضيعة: الأراضي والبساتين، سميت بذلك؛ لأنها إن أهملتها ضاعت وَضِعتَ (الأرجح منهما الإجارة)؛ لأن المنافع أموال كالأعيان؛ بدليل أنها مضمونة تحت اليد العادية فيصرف بدلها للديون.

والثاني: لا تجب إجارتها؛ إذ المنافع لا تعدُّ مالاً موجوداً فلا يلزم تحصيلها.

قال ابن الصباغ: إنما لا يجب الاكتساب وإجارة نفسه ويجري الخلاف في الضيعات وأمهات الأولاد إذا لم يلزمه الديون بسبب يعصي به [كالغصب] والسرقة والنَّهب[1]، أما إذا كان بسبب يعصي به فيجب عليه الاكتساب وإجارة نفسه، ويقطع بإجارة الضيعة الموقوفة عليه وأم الولد، وعلى الأرجح تؤجر الضيعة وأم الولد مرة بعد أخرى إلى استيفاء جميع الديون.

قال المصنف في الكبير: ومقتضى هذا إدامة الحجر إلى قضاء الديون، واستبعده الجلالي؛ [إذ] لم ينقل عن أحد سواه، ونقل صاحب الروضة عن الغزالي: أنه يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حدٍّ لا يتغابن به الناس في غرض قضاء الديون[2] وتخليص الذمة من المطالبة، ولا يلزمه قبول الهبة والصدقة، ويلزمه قبول الهدية وإيثار الأصدقاء الخلّص وجراية السلطان إن علم حِلُّها، ويكره سؤال غير الزكاة لقضاء الديون إلاّ إذا كان غريمه ممن لا يبالي بالشرعِ، ويطلب منه الدينَ عند ثبوت إعسارهِ ولا يمهلهُ ولم يكن أحد يمنعهُ من ذلك كما في زماننا؛ فلا يكره له السؤال، بل لو قيل بوجوبه لم يَبعُد؛ صيانة للعرض[3].

قال: عز الدين يوسف[4] في (الأنوار): " وإذا قسم ماله لم ينفك الحجر بنفسه، ولا

---

(١) والنَّهبُ: الغارةُ والسَّلبُ والنُّهبَةُ كالخُلسَةِ بالضّمّ وهو ما يُؤخَذُ سَلباً ومُكَابَرَةً .ينظر: لسان العرب (١/ ٧٧٣) وتاج العروس (١/ ٣٩١٥)، وقال في كتاب معجم لغة الفقهاء (ص: ٣٦٩): النهبة: بضم فسكون ج نهب: الشيء المنتهب ما يؤخذ من المال مغالبة، سواء في ذلك أباح صاحب المال أخذه كما هو الحال في انتهاب ما ينثر من النقود أو الحلوى على رأس العروس، أم لم يبحه صاحب المال.

(٢) ينظر: الروضة (٢/ ٢٣٠)، والوسيط (٤/ ١٥)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٣٦٣).

(٣) ينظر: العزيز (٥/ ٢٤)، وشرح المنهاج للمحلي بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣٦٣).

(٤) لم أعثر على هذا اللقب له " عز الدين " في كتب التراجم وما وجدته أن لقبه هو جمال الدين،

باتفاق الغرماء بل يحتاج إلى فك القاضي" انتهى[١].

هذا وجه، والصحيح: أنه إذا قسم ماله ارتفع الحجر؛ إذ الحجر إنّما هو لتفويت ما هو حاصل، لا للمنع عن تحصيل ما لم يحصل، فلا وجه لبقائه بعد قسمة المال وكون المفلس خاليَ اليد.

***

الحجر على المديون المعسر

(**فصلٌ: إذا إدّعى المديون أنه معسر**) أي خالي اليد عن الأموال يسمى بذلك لأنّ أسباب المعاش عليه عسير (**أو**) ادعى (**أنه قسّم ماله**) المحجور [عليه] (**بين الغرماء وزعم**) أي إدعى - عبّر عنه بالزعم؛ لعدم تحقيق صدقه - (**أنه لا يملك شيئا آخر**) سوى ما قسم (**و أنكر الغرماء**)

فيه إشكال صعب؛ لأنّ إنكار الغرماء إن كان للقسمة فلا وجه للترديد الآتي بل إنما يجب عليه إقامة البينة على القسمة، وإن كان للإعسار فينافيه قوله لا يملك شيء آخر؛ لأنه يقتضي وجود مال وذهابه، وذلك في القسمة فقط، وإن كان الإنكار لهما فأين الكلام في إثبات القسمة ولو ثبتت؛ فكيف يصح الترديد الآتي مع العلم بوجود المال وقسمته؟

إله الخلق غفراناً[٢].

والذي يمكن أن يقال فيه: أن الإنكار لهما والترديد إنّما هو لإنكار الإعسار، وترك حكم إنكار القسمة ؛ لأنها سبب ظاهر يعرف كلّ أحد أنه يحتاج إلى البينة عليها ثم يُحلّف أنه لا يملك شيء آخر، وإنما ترك اعتماداً على من له أدنى ملكة في الفقه لا يلتبس عليه مثل هذه الأشياء وكثيراً ما يقع مثل ذلك. رجعنا إلى المقصود.

(**فإن لزمه الدين في مقابلة مال كما لو ابتاع**) أي أشترى (**أو استقرض فعليه البينة**)

---

(١) ينظر: الأنوار لأعمال الأبرار (١/ ٤٣٥).

(٢) أي: يا إله الخلق اغفر غفراناً. هكذا علق عليه في حاشية من حواشي نسخة (ب)

لأنه يدعي الإعسار بعد اليسار، والأصل بقاء اليسار؛ فلا يزال إلا بحجة قوية وهي البينة كما لو ادعى هلاك ماله المعروف **(وإلاّ)** [أي:] وإن لم يكن الدين في مقابلة مال كدين الإتلاف وأرش الجناية - وعدّ بعضهم الغصب منها، وفيه نظر؛ لأنه وإن لم يكن المغصوب ماله لكنّه يمكنه مدافعة المغصوب منه به وهو غريمه فيه، وقد ثبت حصوله عنده فلا بدّ من البينة - **(فيصدّق بيمينه على الأصح)** من ثلاثة أوجه؛ لأنه لم يثبت له مال وهو عالم بما في يده، والأصل العدم .

والثاني: لا بدّ من البينة : لأنّ الظاهر من حال الأحرار أن يملكوا شيئاً وما هو خلاف الظاهر لا يثبت باليمين.

والثالث: يتوسط ويقول إن لزمه الدّين باختياره كالصداق والضمان فلا بدّ من البينة إذ الظاهر أنّ الإنسان لا يشغل ذمته بما لا يقدر عليه، وإن لزمه لا باختياره كأرش [الجنايات] وضمان المتلف فيصدق بيمينه.

(وتُقبل بينة الإعسار في الحال) أي: يقولون: إنه الآن معسر، ولو شهدوا أنه كان في الشهر الماضي معسراً أو بعشرة أيام من قبلُ لم يقبل على الصحيح؛ لاحتمال حصول المال بعد ذلك.

وقيل: يقبل بعد أربعين يوماً؛ لأن الأصل بقاء الإعسار وعدم ما يخرجه عنه في تلك المدة.

(ويعتبر) أي يشترط **(أن يكون الشهود من أهل الخبرة الباطنة)** الخبرة: بفتح الخاء وكسرها مصدر بمعنى الخبر، وهو العلم، ومنه سمي الخبر خبراً لإشتماله على العلم الباطن، واتصافه بالباطن مجاز.

ولفظ الشهود مُشعِرٌ بأنه لا يكتفى بشاهدين، بل لا بدّ [من ثلاثة] فأكثر، وهو وجه حكاه الجلالي وغيره[1]، والأصح الاكتفاء بهما كسائر الدّعاوى.

وفي بعض النسخ: "من أهل خبرة باطنة"، وهو الصحيح، وذلك إنما يحصل بطول الجوار وكثرة المخالطة والمجالسة والدخول عليه مغافصة[2]؛ إذ الأموال قد تخفَى خوفاً

---

(١) ينظر: شرح المنهاج بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣٦٤).

(٢) غافص الرجل مغافصة وغفاصاً: أخذه على غرّة فركِبَهُ بمساءة .ينظر: لسان العرب (٧/ ٦١) مادة: (غفص)، ومختار الصحاح (١/ ٤٨٨). وباللغة الكردية: " دان به سەردا لە پڕ".

من الظلمة أو كتماً عن الأضياف والأصدقاء خسةً[1] وبخلاً.

فإن عرف القاضي أن الشاهد من أهل الخبرة فذاك، وإلاّ فهل يعتمد على قوله أم لا بدّ من الإثبات بالبينة؟ فيه وجهان: الأرجح منهما عند الإمام والغزالي الاعتماد[2].

(وليقولوا: هو معسر) ليس له ما يؤدِّي به ديونه.

(ولا يمحضون) لفظ (النفي) بأن **(يقولوا: إنه لا يملك شيئاً)**؛ تحاشياً عن الكذب، بل يقيّدون ويقولون: لا يملك إلاّ قوت يومه، أو ثوب بدنه.

ولو تمحضوا النفي فهل يرد شهادتهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرد؛ لأنّ غايته الكذب، ولا يسقط به العدالة ما لم يتكرر.

والثاني: يُرد؛ لأنه كَذِب فيما يشهد فيه، فيرفع الاعتماد عنهم، وليس الردّ لسقوط العدالة.

(وإذا ثبت إعساره) عند القاضي باليمين والبينة على ما يقتضيه الحال **(لم يجز حبسه ولا ملازمته)**؛ لعدم الفائدة وإفضائه إلى [أذىً بعبث]، بل يهمل إلى اليسار؛ للآية والحديث المارّين.

فلو مات معسراً نظر: إن لزمه الدّين لإصلاح ذات بين، أو لنفقة العيال، أو لضرورة يقتضيه كاقتراضه لتخليص نفسه، أو أحد من عشيرته عن حبس ظالم، ولم يتمكن من الأداء فالمرجوُّ من [فضل] الله أنه لا يوآخذ به في القيامة ويعطي الله خصماءه ما يُرضيهم.

وإن تمكن من الأداء وماطل بالتسويف والتعلل حتى صار معسراً ومات فهو مؤاخذ به يوم القيامة شرعاً. وإن لزمه بسبب معصية أو أنفق في معصية ومات بلا أداء يؤاخذ به، تمكن من الأداء أو لم يتمكن.

(والغريب العاجز عن بينة الإعسار يوكِّل القاضي به من يبحث عن حاله) أي:

---

(١) والخسيس: الدنيء، وقد خس يخس بالفتح خسةً وخساسةً. لسان العرب (٦/ ٦٤).

(٢) ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ٤٢١)، والوسيط (٤/ ١٨-١٩).

يسلِّط القاضي عليه مراقبة ومسائلة (**فإن غلب على ظنه إعساره شهد به**) [عند] القاضي، ويكفي غلبة الظن؛ لئلاّ يُخَلَّدَ في الحبس، أو يُدامَ ملازمته، وهذا التوكيد واجب؛ رعاية للجانبين، وبه يشعر كلام الإمام[١].

ولا بدَّ من اثنين؛ لأنه شهادة، وَلفظة " من " يصلح للواحد وفوقه.

ومتى خلى سبيل المعسر بإثبات إعساره فهل للخصم تحليفه؟ قال الأصحاب: نعم ويجب الحلف إذا طلب[٢].

وقيل: يجب الحلف وإن لم يطلب الخصم؛ تطييباً لقلبه.

وفي قوله: " إذا ثبت إعساره لم يجز حبسه " إشعارٌ بجواز الحبس إذا لم يثبت إعساره، وهو كذلك، إلاّ أنّ العبادي قال: إذا طال حبسه ولم يذكر له مال وجب تخليصه. والله أعلم

***

رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض ثمنه

(**فصلٌ: إذا باع شيئاً ولم يقبض الثمن حتى حُجِرَ على المشتري بالإفلاس**) أي بسبب صيرورته مفلساً (**فله فسخ البيع**) استقلالاً، ولا حاجة إلى إذن القاضي (**واسترداد المبيع**) بلا مزاحمة الغرماء؛ للحديث المارّ في أوّل الكتاب.

وقوله "حتى حجر على المشتري" مشعرٌ بأنه لا فسخ بمجرد الإفلاس، حتى لو أفلس بحيث لا يقدر على أداء الثمن وطال زمانُ إفلاسه، والمبيع باق فلا فسخ حتى يحجر عليه؛ لإمكان بيع المبيع وأداء الثمن من ثمنه، ولا ينافي ذلك لفظَ الحديث وهو قوله: «**إذا أفلس الرجل**» بلا ذكر حجر؛ لأنه مجمل[٣] بُيِّنَ [بما] جرى في عصره ﷺ من غير نكير.

---

(١) كفاية النبيه في شرح التنبيه (٩/ ٤٨٣).

(٢) ينظر: المهذب (٢/ ١١١)، ومغني المحتاج (٢/ ١٥٦)، والوسيط (٤/ ١٨).

(٣) المجمل: المجمل في اللغة المبهم، وفي الاصطلاح: هو ما دل دلالة لا يتعين المراد بها إلا بمعين. والبيان إخراج الشيء من الإشكال إلى الوضوح. ينظر: لسان العرب (١١/ ١٢٣) وما بعده مادة جمل، والإحكام للآمدي (٣/ ١١) وما بعده، والمحصول للإمام الرازي (٣/ ٢٣٣) وما بعدها.

وقوله: "ولم يقبض الثمن" يقتضي ظاهره جواز الفسخ ما بقي شيءٌ من الثمن وهو وجه. والصحيح أنه إذا قبض بعض الثمن فلا فسخ.

(وأصح الوجهين أنّ هذا الخيار على الفور) أي: عند العلم بالحجر[على المشتري]، كسائر الخيارات[1] الدافعة للضرر كخيار العيب، وخيار العتق؛ بجامع دفع الضرر.

والثاني: على التراخي كخيار الرجوع في الهبة للولد. ورُدَّ بفارق دفع الضرر.

ونُقِل عن القاضي حسين جوازُ تأقيت هذا الخيار بثلاثة أيام كخيار الشرط، وهو وجه ثالث، ولم يَشِر إليه (المصنف)؛ إما لضعفه، أو لإدخاله في المنع تحت الثاني.

(وأنه) أي: والأصح من الوجهين أنّه **(لا يحصل الفسخ بأن يبيع المبيع)** من غير المفلس **(أو يعتق العبد)**- ولو قال: "أو يعتق الرقيق" كان أشمل- **(أو يطأ الجارية)**؛ لأنّ هذه التصرفات باطلة؛ لوقوعها في ملك الغير، فهو كما لو صدرت من الواهب في الموهوب من الولد

والثاني: يحصل بكل منها الفسخ كما يحصل به [زمن] الخيار من البائع.

ورُدَّ بالفرق بأنّ الملك في زمن الخيار متردد بين المتبائعين غير مستقر على أحدهما بخلاف ذلك؛ فإذاً لا بُدَّ من لفظ يدل على الفسخ كفسختُ البيع، أو رفعتُه، أو نقضتُه، أو نحوها.

وقد أشرنا إلى أنه لا حاجة إلى إذن القاضي. **وفي وجه**: يحتاج إليه؛ لأنّ جواز الفسخ بسبب الحجر، والحجر من القاضي، فكذا ما يتسبب من الحجر.

(ولا يختص حق الرجوع بالبيع) المنصوص في الخبر **(بل يثبت في سائر المعاوضات)** من السلم، والقرض، والإجارة؛ قياساً على البيع بجامعَ دفع الضرر، فإذا أقرضه

---

(١) **الخيار**: هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه، وهو نوعان: خيار تشهٍّ وخيار نقيصةٍ، فخيار التشهي ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقف على فوات أمر في المبيع، وسببه المجلس أو الشرط، وخيار النقيصة سببه خلف لفظي أو تغرير فعلي أو قضاء عرفي، فمنه خيار العيب والتصرية والحلف وتلقي الركبان ونحو ذلك. ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٤٣).

دراهم، أو دفعها إليه من جهة رأس مال السّلم الحالّ أو المؤجل فحلَّ وحجر على المسلم إليه في صورة السَّلم، أو المستقرض في صورة القرض، فللمُسلِم أو المقرِض الرجوع في الدراهم بالفسخ.

وإذا أجَّر داراً أو فرساً بأجرَة حالَّة، ولم يتفق القبض حتى أفلس المستأجر وحجر عليه؛ فللمؤجر الرجوع في المستأجر بالفسخ؛ تنزيلاً للمنافع منزلة الأعيان في البيع؛ لتعلق تسليمها وتسلمها بالأعيان.

وفي القديم قول: أنه لا رجوع في الإجارة؛ إذ لا وجود للمنفعة؛ فلا يقاس على ماله وجودٌ.

وأراد بالمعاوضات: المحضةَ، حتى لو خالع زوجته على عوض حال، أو صالح عن القصاص، أو عن الدية على عوضٍ حال ولم يُقبض حتى وجد الإفلاس والحجر في المصالَح معه فليس له الرجوع إلى البضع، أو القصاص أو الدية.

ولا شبهة في أنه لا رجوع له في الإبراء والهبات والهدايا، لكن الهبة المشروطة بالثواب كالبيع في المختار[1].

والموتُ كالحجر في كل ما ذكر.

[شروط هذا الرجوع]

(وله) أي: للرجوع **(شروط، منها: أن يكون الثمن حالاً)** في الأصل أو حَلّ قبل الحجر بلا خلاف، وكذا لو حَلّ بعد الحجر على ما صححه المصنف في الصغير؛ لأنه لو لم يكن كذلك فلا مطالبة له حينئذ، وإذا لم تكن له المطالبة فلم يتوجه حق على المشتري ليرجع في المبيع لذلك الحق.

(ومنها أن يتعذر تحصيله) أي: الثمن **(بالإفلاس)**؛ ليتناوله قوله ﷺ: **«من أدرك ماله**

---

(١) الهبة ثلاثة أنواع: مقيدة بنفي الثواب ومطلقة، مقيدة بالثواب وأما القسم الثالث وهو المقيدة بالثواب إما معلوم وإما مجهول، فالحالة الاولى المعلوم فيصح العقد على الأظهر ويبطل على قول، فإن صححنا فهو بيع على الصحيح، وقيل هبة، فإن قلنا: هبةٌ لم يثبت الخيار والشفعة ولم يلزم قبل القبض، وإن قلنا: بيعٌ ثبتت هذه الاحكام، وهل تثبت عقب العقد أم عقب القبض؟ قولان: أظهرهما الأول. ينظر: الروضة (٥/ ٣٨٤-٣٨٦).

بعينه عند رجل قد أفلس...»[١] رواه الشيخان بهذا اللفظ.

أما لو امتنع عن القبضة[٢] قيل إلى مسافة القصر، وقيل إلى ما فوق العدوى[٣] (**فأصح الوجهين أنه لا ينفسخ**) لأن الفسخ خلاف الأصل فلا يعدل عن الأصل إلاّ بنصٍّ، والنصُّ إنّما هو في الإفلاس، فيجب إبقاء البواقي على الأصل، ولأنَّ الإستيفاء بالسلطان وأعوانه ممكن إمكاناً قريباً وعروض العجز نادر لا عبرة به.

والثاني: له الفسخ؛ قياساً على الفسخ بالإفلاس، والجامع تعذر الوصول إلى الحق حالاً مع توقعه مآلاً في الصورتين.

ورُدَّ: بأنتفاء القياس في الرخص الواردة على خلاف الأصل؛ إذ لا يتجاوزون في الرخص موردها.

(**ولو قال الغرماء**) لمن له حق الفسخ (**لا تنفسخ ونقدمك**) باستيفاء الثمن على استيفاء حقوقهم (**لم تلزمه الإجابة**) لعدم تحقيق ما وعدوه لجواز ظهور غريم آخر؛ فيزاحمه [فيتضرر] به، مع أن في تقديمه منّةً، ولو أجابهم لزمهم الوفاء بما قالوا.

وقيل: لا يلزمهم ذلك؛ لأنّ الوفاء بالعهود غير واجب، ولو [قدموه] وظهر آخرُ زاحَمَهُ في ما أخذ بحصة.

وحق هذه المسألة التقديم والتأخير عن مسائل الشّرائط؛ إذ لا مناسبة لها فيها ذكرتُ.

(**ومنها: أن يكون المبيع باقياً في ملك المفلس**) اتباعاً لما ورد؛ فلو هلك المبيع بموت أو أكل (**أو خرج عن ملكه**) ببيع، أو إعتاق، أو هبة مع إقباض، أو وقف (**أو كاتب العبد**) أو استولد [الأمة] (**فلا رجوع للبائع**)؛ لخروجه عن تصرف المشتري شرعاً أو حسّاً، ورُبَّما تعلق به حقٌّ بلا مانع فلا يترك لحقٍّ.

---

(١) أخرجه البخاري، رقم (٢٤٠٢)، ومسلم، رقم (٢٢- (١٥٥٩).

(٢) **القَبضة**: ما أخذت بِجُمع كفِّك كله، وصار الشيءُ في قَبضِي وقَبَضَتي أي: في مِلكِي. ينظر: لسان العرب (٧/ ٢١٣)، والقاموس المحيط (١/ ٨٤٠) مادة (ق ب ض). وباللغة الكردية: "كەوتنە دەست" أو: "دەسەڵات".

(٣) سوف يأتي من الشارح تعريف مسافة العدوى في كتاب الشهادات: وهي المسافة الّتي يتمكّن المبكّر عنه من الرجوع إلى أهله.

فلو عاد ملكه بعد ما زال بعوض أو بغير عوض ثم حجر عليه؛ فالذي صَحَّحَهُ في الروضة عدم الرجوع؛ استحباباً لحكم الزّوال، وفي الصغير للمصنف الرجوع كما يجوز الردُّ بالعيب، وهو قياس الباب[1].

(والتزويج لا يمنع الرجوع)؛ إذ التزويج لا يزيل الملك، وغايته الحِلُّ، وهي بجامع الملك كالأمة المحرمة بالرّضاع وغيره، والتدبير، وتعلق العتق بصفة.

والإجارة لا يمنع الرجوع؛ لعدم زوال ملك المفلس فيها.

وفي الإجارة يرجع في المبيع مسلوبَ المنفعة، أو يضارب بالثمن الغرماءَ.

وبقيت مسائل، ولم يشر إليها المصنف ولا بدّ منها:

منها: أنّ من شرائط الرجوع أن لا يتعلق به حق، كجناية، أو رهن؛ فلو تعلق فلا رجوع.

ومنها: أن لا يكون البائع محرِماً، والمبيع صيداً عند الحجر.

ومنها: إذا سوّى بين الموت والحجر، في الرجوع أو لا يلزمه وجهان: حكاهما صاحب الأنوار[2] ومال إلى لزوم الإجابة وضعَّف عدم اللزوم بكونه قريباً من المناقضة مع قولهم: أنَّ للوارث إمساك عين التركة وأداء الدّين من خالص ماله.

ومنها: أنه لو كان بالمبيع ضامن ماليٌّ أو رهنٌ وافٍ بالثمن، وقد أفلس المشتري، وحجر عليه؛ فهل للبائع الرجوع إلى متاعه، أو يكتفي بالضّامن، أو الرّهن؟ وجهان:

أحدهما: له الرجوع؛ لإطلاق الحديث.

والثاني: عدم الرجوع لحصول الكفاية بالضامن، أو الرهن، وهو الأصح عند الجمهور.

(ولو تعيب المبيع بآفة سماوية) كعوَر[3] وسقوط عُضو، أو فوت منفعة عضو، البائع

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٣٦).

(٢) ينظر: الأنوار (١/ ٤٣٦-٤٣٧).

(٣) **العوَر**: ذهاب حِسِّ إحدى العينين. لسان العرب (٤/ ٦١٢)، مادة (عور). وباللغة الكردية: "يەك چاوي".

بالخيار: (**فإن شاء أخذه ناقصاً**) ولا أرش له؛ إذ لا تفويت من أحدٍ (**وإن شاء**) تركه (**ويضارب بالثمن**) مع الغرماء. وليس له الرجوعُ وطلبُ الإرش.

(**وإن تعيب بجناية الأجنبي أو بجناية البائع فللبائع أن يأخذه معيباً ويضارب من الثمن**) مع الغرماء (**بمثل نسبة ما انتقص من القيمة**) إن نقص الثلث فبالثلث، أو الربع فبالربع: مثلاً: لو كان قيمته سليماً عشرة ومعيباً تسعة فيضارب بعشر الثمن، وهو واحد ويستحق المشتري ما نقص من القيمة على الأجنبي، حتى لو زاد نقصان القيمة على الأرش يضارب البائع بالإرش، ويرجع المشتري بما زاد على الجاني لتفويته في ملكه؛ فلو فقأ عين عبد اشترى بثلاثمائة وهو يساوي ألفاً، ونقص نصف قيمته فيغرم الجاني للمفلس خمسمائة، ويضارب البائع الغرماء بنصف الثمن، وهو مائة وخمسون.

وإطلاقُ الكتاب يقتضي تسويةَ الأجنبي والبائع في ذلك، حتى يرجع المشتري على البائع بما زاد من نقصان القيمة، والبائع يضارب مع الغرماء بنسبة ما نقص من القيمة إن ربعاً فبالربع، وإن ثلثاً فبالثلث، وإن تساوى النقصانان فلا مضاربة ولا رجوع.

وإن زاد نقصان القيمة فالرجوع بما زاد ولا مضاربةَ، وذلك؛ لأن البائع حالة الجناية ليس بمالك للمبيع ولا هو في ضمانه، فهو كالأجنبي إلا في المضاربة بجزء الثمن بنسبة ما انتقص من القيمة.

وقيل: النقص الزائد على الأرش [يضارب به] البائع الغرماء؛ لأنه لو لم ينقص لرجع به تاماً؛ فلو زاد الأرش فلا مضاربة؛ لأنه أثر فعله ظاهراً، وهذا مال إليه المتأخرون[1].

(**وجناية المشتري**) المفلس (**كآفة سماوية**) حتى لا يكون للبائع إلا الأخذ بلا أرش أو مضاربة الغرماء (**على الأصح**) من الوجهين؛ لوقوعه في ملكه، وتفويته على نفسه.

والثاني: أنه كجناية الأجنبي، فيأخذه البائع ويضارب بإرش ما نقص مع الغرماء؛ لأنه لو لم ينقص لرجع به تاماً، وليس كآفة سماوية لإمكان التضمين بخلافها، وقطع به بعضهم ومال إليه الجلالي[2].

---

(١) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ١٦١).

(٢) ينظر: شرح المنهاج بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣٦٧).

(ولو كان قد اشترى عبدين أو ثوبين فتلف أحدهما في يده) أي في يد المشتري **(ثم أفلس فللبائع أن يأخذ الباقي)**؛ لصدق الحديث عليه **(ويضارب بحصة التالف من الثمن)** إن نصفاً فبالنصف، وإن ربعاً فبالربع، ما لم يقبض بعض الثمن، وذلك بلا خلاف، بل لو لم يتلف شيء منهما وأراد الرجوع في أحدهما دون الآخر مُكِّنَ، فكذا لو كان واحداً فأراد الرجوع في بعضه والمضاربة بالبعض.

(فإن كان قد قبض البائع بعض الثمن) شائعاً **(فله الرجوع أيضاً)** كما لو لم يقبض شيء من الثمن، على الجديد المنصوص عليه في المختصر[1]؛ لإمكانِ التوزيع، وحصولِ العلم بما يخص به المرجوع فيه.

والقديم: أنه لا يرجع[2]، بل يضارب بما بقي من الثمن، ويترك الباقي للمفلس، واستدل بحديث رواه الدار قطني وهو أنه قال: **(من أخذ بعض ثمن متاعه وأفلس المبتاع فلا رجوع له)**[3].

وأجيب عنه: أنه من مراسيل[4] غير ابن المسيب فليس بمقبول.

---

(١) ينظر: مختصر المزني (١/ ١١٢- ١١٣).

(٢) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ١٦١).

(٣) أخرج الدار قطني (٣/ ٤٣٢)، رقم (٢٩٠٣). هذا الحديث بغير هذا اللفظ، بل بلفظ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلعَةً فَأَدرَكَ سِلعَتَهُ بِعَينِهَا عِندَ رَجُلٍ قَد أَفلَسَ وَلَم يَكُن قَبَضَ مِن ثَمَنِهَا شَيئًا فَهِيَ لَهُ وَإِن كَانَ قَبَضَ مِن ثَمَنِهَا شَيئًا فَهُوَ أُسوَةُ الغُرَمَاءِ**»، وقال دعلج: فإن كان قضاه من ثمنها شيئاً فما بقي فهو أسوة الغرماء. وقال على الحديث: "إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهري مسنداً وإنما هو مرسل". وقد ذكر بعد هذه الرواية روايات أخرى بهذا المعنى..

(٤) المراسيل: جمع مرسل وهو في اللغة: مأخوذ من الإرسال وهو الإطلاق، واصطلاحاً: **هو الحديث الذي سقط من اسناده الصحابي بأن رفعه التابعي إلى النبي ﷺ وأسقط الصحابي**، وسواء كان التابعي كبيراً وهو من كان أكثر روايته عن الصحابة كسعيد بن المسيب، أو صغيراً كمحمد بن شهاب الزهري ويحيى بن سعيد الأنصاري. وقد اختلف العلماء في حجيته على أقوال:

القول الأول: قول جمهور المحدثين، قالوا: الحديث المرسل حديث ضعيف، وهذا رأي لبعض الفقهاء والأصوليين.

القول الثاني: وبه قال أبو حنيفة ومالك ورواية عن أحمد، قالوا بقبول الحديث المرسل بشرط أن يكون المرسل ممن لا يروي إلا عن ثقة.

القول الثالث: مذهب الإمام الشافعي فقالوا: الحديث المرسل مردود إلا بشرط من هذه الشروط:

أن يكون الراوي من كبار التابعين مثل سعيد بن مسيب.

أن لا يروي إلا عن ثقة فلو تبين أن بعض شيوخه ضعفاء فمردود.

(وعلى هذا) أي: على جواز الرجوع بعد قبض بعض الثمن شايعاً (فلو كان) [أي:] التالف والباقي (متساويي القيمة) بأن كان كلّ واحد منهما يساوي مائة مثلا (وقد قبض نصف الثمن) شايعاً وهو المائة في مثالنا (فأظهر القولين) المتشعبين من الجديد في رواية المرادي (أنّ له) أي: للبائع (أن يأخذ) لعبد (الباقي) بأسره (بما بقي من الثمن) ويجعل ما قبضه أوّلاً في مقابلة التالف فيصدق عليه أنه وجد متاعه بعينه[1]، وقاسوه على ما لو رهن عبدين بمائة مثلاً، وأخذ خمسين من المرهون به، وتلف أحدهما كان العبد الباقي بأسره مرهوناً بما بقي من الدّين.

والثاني: (أنه يأخذ نصف) العبد (الباقي بنصف الباقي من الثمن) وهو خمسون (ويضارب الغرماء بنصفه الأخر) وهو ربع الثمن، ويجعل المائة المقبوض أوّلاً في مقابلة نصف العبد التالف، ومقابلة نصف عبد الباقي؛ لأنَّ المأخوذ أوّلاً [كان] مشاعاً بين قيمة العبدين، فلا يختص بأحدهما بخلاف الرهن فإنه وثيقة تعلق كلُّ جزء من العبدين بكل جزء من الدين، وقد مرّ أنه لا ينفك بعض الرهن بإسقاط بعض الدين، وقد يقال هل التمثيل بتساوي القيمتين، وأخذُ النصف مما لا بُدَّ منه لجريان الخلاف، أو تمهيدٌ لأن يقاس عليه ما سواه؛ فالذي يقتضيه كلام الأصحاب أنَّهُ مما لا بُدَّ منه لجريان الخلاف حتى لو لم يكونا متساويي القيمة، أو كانا ولم يقبض نصف الثمن بل أقلَّ أو أكثر فيكون الرجوع بالقسط لا بنصف الباقي بلا خلاف، ولو [لم] يتلف شيء من المبيع وقد قبض بعض الثمن رجع في المبيع بقسط الباقي من الثمن على الجديد، ويضارب على القديم، ولا رجوع.

(ولو زاد المبيع عند المشتري زيادة متصلة كالسِّمَن) في الأعيان، وتعلم الحرفة في

أن يكون هو ثقة في نفسه بحيث إذا شارك الثقات لم يخالفهم. ينظر: شرح نخبة الفكر للحافظ ابن حجر= العسقلاني (ت: ١٥٢هـ)، للدكتور سعد بن عبد الله آل حميد، دار علوم السنة، الرياض، ط الثانية، (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م)، والتقريرات السنية شرح المنظومة البيقونية: لحسن محمد المشاط - دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، ط الرابعة، (١٤١٧هـ - ١٩٩٦م)، تحقيق: فواز أحمد زمرلي: (٥١ - ٥٢).

(١) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ١٦١).

المعاني(**فللبائع الرجوع**[1] **ويفوز بالزيادة**) حتى لو زاد قيمته بالسِّمَن والتعلم فلا شيء للمفلس فيما زاد، وهذا قياس مطرد في الزوائد المتصلة في جميع الأبواب إلاّ في الصداق كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

الفوز: الظفر بما لا يحتسب من الخير.

قال صاحب الزاد: هذا إذا لم يتضرر المفلس بأجرة التعليم وزيادة العلف، فإن تضرر بأن كان التعليم بأجرة، والسِّمَنُ بزيادة علف فالذي تقتضيه قواعد الفقه عدمُ حرمان المفلس.

---

(١) يتعلق بزيادة المبيع عند المشتري مسألتان اختلف العلماء فيها على أقوال.

المسألة الأولى: هل الزيادة المتصلة والمنفصلة تمنعان رجوع المبيع إلى البائع للفلس أو غيره؟ اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: الزيادة المتصلة تمنع الرجوع أما المنفصلة فلا يمنع الرجوع، وإليه ذهب بعض الحنابلة.

القول الثاني: الزيادة متصلة كانت أو منفصلة فللبائع الرجوع إذا أفلس المشتري، وإليه ذهب الشافعية.

القول الثالث: الزيادة المتصلة إن لم تكن متولدة من الأصل فيمنع الرجوع فيه كغرس وبناء وصبغ وخياطةوغيرها، أما إذا كانت متولدة من الأصل فلا تمنع الرجوع كالسمن والجمال والبرء من المرض. وإليه ذهب محمد بن حسن من الحنفية.

القول الرابع: الزيادة المنفصلة الغير المتولدة من الأصل لا يمنع الرد، أما المتولدة من الأصل فيمنع الرد وإليه ذهب الحنفية.

القول الخامس: الزيادة المتصلة تمنع الرجوع وإليه ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف من الحنفية.

المسألة الثانية: إذا قلنا أن الزيادة لا تمنع الرجوع هل هذه الزيادة للبائع أم للمشتري؟ اختلف في ذلك على أقوال:القول الأول: الزيادة المتصلة للبائع على كلّ حال والمنفصلة للمشتري. وإليه ذهب الشافعية وبعض الحنابلة.

القول الثاني: الزيادة المنفصلة للمشتري إلاّ الولد فإنه يرجع للبائع، وإليه ذهب الإمام مالك.

القول الثالث: الزيادة المتصلة لمالكها أي للبائع على كل حال وإليه ذهب الحنابلة.

القول الرابع: الزيادة المنفصلة للبائع. وإليه ذهب بعض الحنابلة.

ينظر: حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبي حنيفة، لابن عابدين (٥/ ١٨)، وبدائع الصنائع (٤/ ٥٣٦- ٥٦٠)، و مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تأليف: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي: (٣/ ٦٦)، والغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام أبي حنيفة، لأبي حفص عمر الغزنوي الحنفي: (٨٣-٨٤)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي (٢/ ١٣٦)، وشرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (٢/ ١٦٥) و نهاية المحتاج: (٤/ ٦٧)، و الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعلي بن سليمان المرداوي أبو الحسن (٦/ ٤٢٠)، و الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، لعبد الله بن قدامة المقدسي (٢/ ١٨٠)، ومنار السبيل في شرح الدليل، لإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، - مكتبة المعارف - الرياض - ١٤٠٥، الطبعة: الثانية، تحقيق: عصام القلعجي: (١/ ٣٥٦).

(والزيادة المنفصلة كالثمرة، واللّبن، والولد) الحاصلات بعد البيع **(تسلّم للمفلس، ويرجع البائع في الأصل)** اقتصاراً على مورد النّص فإنّ الشارع إنما أثبت له الرجوع في المبيع فقط **(وإن كان الولد صغيراً)** لم يبلغ حدّ الاستقلال، وهو أوان الرتع[1] مع عدم الضرر بانقطاع اللّبن في البهائم وضبطه أرباب الأموال في الغنم بثلاثة أشهر، وفي البقر بستة، وفي الخيل والإبل والحمير بحولان الحول، وسبع سنين في الرقيق، وقيل تسع، وقيل بلوغ **(وبذل)** أي أعطى وصرف **(البائع قيمته)** إلى المشتري **(يأخذ)** الولد **(مع الأم)** الأم بالاستحقاق والولد بالشري **(واندفع محظور التفريق)** أي ما يحذر منه وهو وعيد الشارع على التفريق **(وإن لم يبذل البائع)** قيمة الولد [للمشتري] **(فأحدُ القولين أنهُ يبطل حقه من الرجوع، وليس له إلاّ المضاربة بالثمن)** لمعارضة حرمة التفريق جواز رجوعه، ولا نكلّف بيعهما معاً؛ لئلاّ يؤدي ذلك الإلجاء والتكليف إلى قلة الرغبة؛ فيغبن المشتري أو البائع.

(وأصحهما أنّهما) أي: الأمَّ والولدَ **(يباعان معاً)**؛ رعاية للحقّين **(ويصرف إليه)** أي:[إلى] البائع **(حصَّةُ الأمِّ من الثمن)**، وتبقى حصة الولد للغرماء.

وكيفية التقويم والتوزيع قد مرّ في الرَّهن.

(ولو كانت الجارية) والبهيمة **(حاملاً عند البيع وولدت قبل الرّجوع فالأصح)** من الوجهين **(تتعدّى الرجوع إلى الولد)**؛ لأنه كان جزأً من المبيع فيتبعه عند الرجوع وإن إنفصل، كما لو باع شاةً بصوفها فجزَّه المشتري وأفلس فيرجع في الشاة وصوفها

والثاني: لا يتعدى الرجوع إلى الولد؛ لأنه لم يكن موجوداً عند البيع، فلا يتناوله النص.

وقيل: الخلاف مبني على الخلاف في أنَّ الحمل هل يعلم بالمخائل[2]، والقرائن، أو لا يعلم؟ فيبنى الأصح على الأصح، والثاني على الثاني.

---

(١) **الرَّتع**: الأكل والشرب رَغَداً في الرِّيف. ينظر: لسان العرب (٨/ ١١٢).

(٢) **المخائل**: جمع مخيل بضم الميم وفتحها: أي التخمين والظَّن. اتفاق المباني وافتراق المعاني، لسليمان بن بنين بن خلف، تقيّ الدين الدقيقي المصري (ت: ٦١٣هـ) المحقق: يحيى عبد الرؤوف جبر-: دار عمار، الأردن، ط: الأولى (١٤٠٥هـ ١٩٨٥م): (٢٧).

(وكذا) يتعدى الرجوع إلى الولد (لو كانت الجارية حائلاً[1] عند البيع حاملاً عند الرجوع)؛ لأنه لو كانت حاملاً عند البيع يتبعها الولد،[فكذلك]يتبعها في الرجوع.

والثاني: لا يتعدى؛ لأنه لم يكن عند البيع، والبائع إنما يرجع فيما كان عند البيع في الأم فقط، وعلى هذا فهل قبل الوَضع أو بعده؟ قال الشيخ أبو محمد: قبل الوضع، فإذا وضعت عند البيع فإما أن يبذل قيمة الولد أو يباعان على ما مرّ، وقال الصيدلاني: يرجع بعد الوضع. قال النووي: والأول ظاهر كلام الأصحاب[2].

فلو كانت حاملاً عند البيع والرجوع رجع فيها كما كانت.

ولو علق به بعد البيع وانفصل قبل الرجوع فهو للمشتري.

قال أبو علي: والقياس فيما إذا كانت حاملاً عند البيع وولدت قبل الرجوع أن لا يتعدى الرجوع إلى الولد، كما لو اشترى حاملاً وولدت عند المشتري ثم ظهر بها عيب قديم إنما يردّ الأم فقط، ويبقى الولد للمشتري.

وأجاب الكرماني[3] بالفرق: وهو أنّ خيار الفسخ هنا[بسبب]عدم توفير الثمن، وذلك مما يعدُّ من تقصيراته، بخلاف ما ثمّة.

(واستتار الثِّمار بالأكمة) جمع كِمام بكسر الكاف وهو وعاء الطلع (وظهورها بالتأثير) أي بتشقق الطلع (يقربان) أي: يشبهان ويناسبان (من استتار الجنين) بالبطون (وظهوره) أي ظهور الجنين (بالانفصال) فإذا كانت الثمرة على النخل المبيع عند البيع غير مؤبرة[4] وعند الرجوع مؤبرة فهي كالحمل عند البيع المنفصل قبل الرجوع فتعدى الرجوع إليها على الأصح (وهي أولى بتعدّي الرجوع إليها) من الحمل؛-لأن

---

(١) الحائل: عكس الحامل، وحالت الناقةُ والفرسُ والنخلةُ والمرأةُ والشاةُ وغيرُهنَّ إذا لم تَحمِل. لسان العرب (١١/ ١٨٩-١٩٠)

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٣٨-٢٣٩).

(٣) الكرماني: الظاهر: أنه مُحَمَّد بن يُوسُف بن عَليّ الكرمَانِي ثمَّ البَغدَادِيّ، شمس الدين أبو عبد الله البغدادي الشافعي، ص. من شيوخه والده والقَاضِي عضد الدّين، ومن تلاميذه: القَاضِي محب الدّين البَغدَادِيّ وَولده الشَّيخ تَقِيّ الدّين يحيى الكرمَانِي، ومن مؤلفاته: الكواكب الدراري في شرح الجامع الصحيح للبخاري، توفي مرجعَه من الحج فِي محرم سنة ٧٨٦ سِتّ وَثَمَانِينَ وَسَبعمائة. ينظر: الدرر الكامنة (٦/ ٦٦) رقم: (٢١٨٣)، والبدر الطالع (٢/ ٢٩٢)

(٤) المؤبرة: أبر النخل والزرع يأبره: أصلحه، وتأبير النخل: تلقيحه. ينظر: لسان العرب (٤/ ٣-٤).

الثمار مُشاهَدةٌ موثوق بها بخلاف الحمل، ولذلك قطع العراقيون بالرجوع من جري الخلاف، وإليه أشار بقوله: " وهي أولى[بتعدي]الرجوع ".

ولو حدثت الثمرة بعد البيع وهي غير مؤبرة عند الرجوع رجع فيها على الأصح، كما في نظيره من الحمل.

والثاني: لا يرجع فيها قطعاً، وهذه الصورة غير مشار إليها في الكتاب.

ولو كانت الثمرة غير مؤبرة عند البيع والرجوع رجع فيها جزماً.

ولو حدثت الثمرة بعد البيع، وهي عند الرجوع مؤبرة فهي للمشتري.

(**ولو كان قد غرس أو بنى في الأرض التي اشتراها ثم أفلس**) وحجر عليه قبل أداء الثمن (**وأراد البائع الرجوع فيها**) وهو متمكِّن منه؛ لأنها عين ماله غير متعلق بها حق الغير فيتناوله النّص (**فإن اتفق الغرماء والمفلس على القلع وتفريغ الأرض**) من البناء والغراس (**قلعوا**) الغراس والبناء وفرغوا الأرض؛ إذ لا حق لغيرهم فيها فلا مانع من ذلك (**ورجع فيها**) أي في الأرض (**بيضاء**)، وأجرة القلع وتسوية الأرض على المفلس، وليس للبائع أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس والبناء ليتملكها مع الأرض، ولو تراضوا على ذلك جاز.

وإن حدث النقص بالقلع وجب أرشه على المفلس.

[ثم هل] يضارب الغرماء به، أو يقدم به أيضاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو حامد: يضارب به؛ لأنه ليس عين ماله مع أنه جناية المفلس.

والثاني: يقدم به، وبه قال البغوي وأبو إسحاق الشيرازي؛ لأنه إنما أحدث لتخليصِ ماله[1].

(**وإن امتنعوا من القلع لم يجبروا**) عليه؛ لأنّ المفلس لم يكنَ متعدياً بالغراس والبناء، بل صدرت منه بحق، فلا وجه للإجبار (**وحينئذٍ**) أي حين عدم الإجبار بالقلع (**ينظر: إن رجع**) البائع (**على أن يتملَّك الغراس والبناء مع الأرض بقيمتها**) أي ببذل قيمتها (**أو**

---

(١) ينظر: التهذيب (٤/ ٩٣)، والمهذب (٣/ ٢٦٢).

على أن يقلع ويغرم إرش النُّقصان) وهو تفاوت ما بين الغراس ثابتاً متوقعاً منه النشوء والنماء وبين كونه مقلوعاً، وما بين كون البناء عمارة وكونه آلة: فلو كان الغراس ثابتاً يساوي مائة، ومقلوعاً يساوي عشرةً فأرش النقص تسعون، ولو كان البناء يساوي ألفاً، والآلة - أي: النقض منَ الأحجار واللّبن والآجر- يساوي مائة فأرش النقص تسعمائة **(فله ذلك)**؛ لأنّ المقصود دفع الضرر عن الجانبين، وذلك يحصل لكل واحد من الطرفين.

(والاختيار في الطريقين إليه) أي: إلى البائع، فليس للمفلس ولا للغرماء منعه عمّا اختاره؛ إذ الغرض وصول ما يقابل الغراس والبناء إليهم، وذلك الوصول لا يختلف بأن يتملكها صاحب الأرض أو غيره أو يُقلع.

واقتصاره على الغراس والبناء مشعرٌ بأنّ حكم الزراعة في الأرض المشتراة ليس كذلك، وهو كذلك حتى لو زرع المفلس فيها فليس للبائع أن يتملّك الزّرع بالقيمة، ولا أن يقلع ويغرم الأرش، بل يلزمه الصّبر إلى الحصاد أو يضارب بثمن الأرض الغرماءَ.

والفرق أنّ للزّرع أمداً قصيراً ينتظر فيسهل احتماله، والبناء والغراس لا أمد لها فينتظر.

ولو كان البائع يرضى بكلّ من الطريقين، لكن اختلف الغرماء والمفلس فقائلٌ بالقلع وأخذ الإرش، وقائلٌ بأخذ القيمة وتمليكها البائع.

أو وقع ذلك الاختلاف بين الغرماء؛ ففي شرّاح الحاوي أنه يفعل ما فيه المصلحة، وقال أبو علي: يجاب من يقول بأخذ القيمة والتمليك؛ لأنّ ذلك أضبط من توزيع القيمة على الآلة، والبناء، والشجر الثابت، والمقلوع، وربّما يحصل نقصان بالقلع لا يطلّع عليه فيحصل الغبن.

(وإن أراد البائع أن يرجع في الأرض وحدها ويبقى ما فيها) من الغراس والبناء للمفلس **(فأصح القولين منعه)**؛ لقلة الرغبة فيها بلا أرض، فينقص قيمتها بالمفلس ضرر، والرجوع إنّما يثبت لدفع الضرر، وإزالة الضرر بالضرر كالفرار من العقرب إلى الحيّة.

والثاني: جوازه؛ قياساً على ما لو صبغ المشتري الثوب ثم حجر عليه قبل أداء الثمن، فإن البائع إنما يرجع في الثوب فقط، ويكون المفلس شريكاً له بالصِّبغ.

وأجيب بالفرق: وهو أنّ الصبغ كالصفة التابعة للثوب؛ فلا يستقل بالمعاملة، ولا يجوز تضييعه في الجهتين.

وإذا قلنا بالأول يضارب البائع بالثمن مع الغرماء، ويتملكهما بالقيمة أو يقلعهما مع غرامة أرش النقصان.

(**ولو كان قد خلط الحنطة التي اشتراها بمثلها**) كالخريفية البيضاء، أو السّمراء بمثلها (**أو**) خلط (**بأردأ**) أي أدون منها، بأن خلط الخريفية البيضاء بالخريفية السّمراء، والرّوالي[1] بغيرهما (**فللبائع الفسخ وأخذ**) قدر (**المبيع من المخلوط**)؛ إذ لا ضرر على المشتري حينئذ، والبائع قد وصل إلى حقّه في صورة المثل، أو سامح إرفاقاً في صورة الأردأ كما يسامح بقوله معيباً.

(**وإن خلطها بأجود منها**) بأن خلط الخريفية بالرّبيعية، أو السّمراء الخريفية بالرّوالي الخريفية (**فأحد القولين أنّ الحكم كذلك**) أي: له الرجوع، ويباع المخلوط ويوزع الثمن بنسبة القيمة، كصبغ الثوب ولتِّ السَّويق[2]، فإن كان المبيع عشرين صاعاً يساوي عشرة دراهم؛ فخلط بعشرين صاعاً يساوي خمسة عشر درهماً؛ فيباع بخمسة وعشرين درهماً يأخذ البائع عشرة، ويبقى خمسة عشر للمفلس.

(**وأصحهما أنه لا يتمكن من الرجوع، وليس له إلاّ المضاربة بالثمن**) مع الغرماء؛ لتعذر الرجوع إلى عين المبيع حسّاً وحكماً:

أمّا حسّاً؛ فلإختلاطه ورفع التمييز. وأمّا حكماً؛ فلأن مثل هذه الخلطة مما لا يتمكن من مطالبة القسمة في المخلوط؛ لما فيه من الضرر لصاحبِ الأجود، ولا مطالبة التملُّك

---

(١) **الروالي**: لم اعثر على معنى هذه الكلمة فيما بين يدي من كتب اللغة إلا أن في حاشية مخطوطة (ب) مكتوب تحته: "الروالي: هو حمر السنبلة بيض الحب". وهذا من تعليقات الشيخ حسين الموصلي على تحقيقه.

(٢) **لت السّويق**: يقال: لَتَّ السَّوِيقَ أي بَلَّه ،ولَتَّ السَّوِيقَ والأَقِطَ ونحوَهما يَلُتُّه لَتّاً: جَدَحَه، وقيل: بَسَّه بالماء ونحوه. ينظر: لسان العرب (٢/ ٨٢)، وتاج العروس (١/ ١١٦٢).

بالقيمة؛ إذ قد يكون الحنطة أسرع رواجاً وأقرب غبطةً من قيمتها، فيتضرر به الغرماء والمفلس.

(**ولو طحن الحنطة**) المشتراة (**أو قصر الثوب**) - وهو غسله بالأشنان[1] والملح، أو الصّابون والرّجيع[2]- ثم أفلس وحجر عليه (**فإن لم تزد القيمة بالطّحن**) والقصار (**رجع إليه**) أي إلى المبيع[البائعُ](**ولا شركة للمفلس فيه**) أي:؛ في المبيع، وإن نقص فلا شيء عليه للبائع، وذلك واضح (**وإن زادت فأصح القولين أن المفلس شريك فيه**) أي: في المبيع بما زاد؛ لأن الزيادة حصلت بفعله فلا وجه لحرمانه عنها (**فيباع ويكون للمفلس من الثمن بنسبة ما زاد في قيمته**) إن ربعاً فربعٌ، وغير ذلك، مثلاً: قيمة المبيع عشرة، وبلغت بفعله إثني عشر؛ فللمفلس سدس الثمن وهو اثنان.

والثاني: لا شركة للمفلس في ذلك؛ قياساً على ما إذا سَمِنَ بفعله.

وأجيب بالفرق: بأنّ الطّحن أو القصارة[3] منسوب إلى فعله، بخلاف السّمن؛ فأنه من محَضِ صُنعِ الله تعالى؛ إذ قد يوجد العلف كثيراً ولا يحصل السّمن.

(**ولو صبغ الثوب الذي اشتراه بصبغ من عنده**) سواء كان له أو لغيره، أو مشتركاً بينه وبين غيره (**وزادت القيمة بقدر قيمة الصبغ**) بأن كانت قيمة الثوب أربعة وقيمة الصبغ إثنان فبلغ بعد الصبغ ستة (**فللبائع الرجوع في الثوب**)؛ لأنه عين ماله (**والمفلس شريك في الصّبغ**)؛ لأنه ملكه، فإما أن يباع الثوب ويجعل الثمن بينهما أثلاثاً، أو يذهب به البائع ويردّ إليه اثنين، وكيف يقال؟ فهل يقال: كل الثوب للبائع، وكل الصبغ للمفلس؟ أو يقال: يشتركان فيهما بالنسبة المذكورة لتعذر التمييز؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند الإمام الأول. **والمتأخرون اختاروا الثاني**، واستدلوا بنصٍّ فيه.

(**وإن كانت الزيادة**) على قيمة الثوب (**أقل من قيمة الصبغ**) بأن كان قيمة الثوب

---

(١) الأشنان جمع أشن، والأُشنُ: لفظ معرب هو الحرض: وهو نبات من فصيلة السرمقيات تستخرج منه الصودا المستعملة في صناعة الزجاج، وكان يستعمل قديماً في غسل الثياب كأداة من أدواة التنظيف. معجم لغة الفقهاء (٤٩)، و لسان العرب (١٣/ ١٨).

(٢) الرَّجِيعُ: هو روث البهائم. لسان العرب (٨/ ١١٦)، ومختار الصحاح (٩٩).

(٣) القصارة: صنعة القصار، وهي ما بينه الشارح عند شرح قول المصنف: " أو قصر الثوب ".

أربعة، والصبغ اثنين وصارت القيمة خمسة (**فالنقصان على الصبغ**)؛ لأن الثوب إنما هو بحاله، واستهلك الصبغ بسبب استعماله فيه؛ فيشتركان فيه أخماساً للبائع أربعة أخماس، وللمفلس خُمس، فيباع ويقسَّم الثمن، هكذا.

(**وإن كانت**) الزيادة (**أكثر منها**) أي: من قيمة الصبغ، بأن صارت في مثالنا ثمانية فزاد درهمان على قيمة الصبغ (**فالأصح**) من ثلاثة أوجه: (**أنّ الزيادة**) على الصبغ وهو درهمان (**مع الصبغ**) أي: مع قيمة الصبغ وهي درهمان أيضاً (**للمفلس**) ولا حق للبائع في تلك الزيادة؛ لحصولها بسبب الصبغ الذي هو مال المفلس؛ لأنها منسوب إلى صفة الصبغ، فعلى هذا يشتركان في الثوب مناصفة: فيباع ويأخذ كل منهما نصف الثمن.

والثاني: أن الزيادة على الصبغ كلها للبائع كالسمن بعلف المفلس، فيكون للبائع ثلاثة أرباع الثمن، وللمفلس ربعه؛ لأنّ المجموع ثمانية؛ فيأخذ أربعة في ثوبه، واثنين في الزيادة، فيبقى اثنان في مقابلة الصبغ.

والثالث: يوزع الزيادة على الثوب والصبغ بنسبتهما؛ لأن الثوب وحده لا يزيد وكذا الصبغ، فكانت الزيادة على الثوب والصبغ بسبب اجتماعهما، فيوزّع عليهما بنسبتهما؛ فيجعل ثلثاها للثوب، وثلثها للصّبغ، فيباع فيجعلَ للبائع ثلثا الثمن، وللمفلس ثلثه، وهذا الوجه يقرب من القطعيات.

(**ولو كان الصبغ مشترىً مع الثوب**) من البائع (**فللبائع الرجوع إليهما**) أي: الثوب والصبغ؛ لأنهما عين ماله (**إلاّ أن تكون القيمة**) أي: قيمةالثوب والصبغ (**كقيمة الثوب قبله**) أي: قبل الصبغ: بأن لم يزد بعد الصبغ على ما كان (**فيكون البائع فاقداً للصبغ**) فيضارب بقيمة الصبغ مع الغرماء.

وعلى هذه العبارة موآخذةٌ من وجهين:

أحدهما: أنه لا يشمل على ما لو نقصت القيمة عما كان قبل الصبغ ولا بدّ من ذلك، وحق العبارة أن يقول: إلاّ أن لا تزيد القيمة بعد الصبغ على قيمة الثوب قبله حتى يشتمل ما إذا ساوتها أو نقصت عنها.

والثاني: أنّ قوله: " فللبائع الرجوع إليهما " يفهم أنّ له الرجوع إليهما وإن كانت الزيادة أكثر من قيمة الصبغ، وليس كذلك، بل المفلس شريك بالزيادة على قيمة الصبغ؛ لأنها حصلت بفعله على ما صرّح به نفسهُ في سائر كتبه.

ولو قيل: هنا صاير على الوجه المرجوح في ذلك فيكون على خلاف ما التزمه في الديباجة، وهو قوله: " ناصٌّ على ما رجّحه المعظم الخ..."

(ولو اشترى الثوب من إنسان والصبغ من) إنسان **(آخر وصبغ به)** ثم أفلس وحجر عليه، وأراد البائعان الرجوع في ماليهما **(فإن لم تزد قيمة الثوب مصبوغاً على ما كان)** أي: على القيمة التي كانت- والتذكير باعتبار اللفظ -**(قبل الصبغ فصاحب الصبغ فاقد ماله)** أي ليس له شيء في الثوب، ولم يكن له إلا المضاربة مع الغرماء بقيمة الصبغ، وصاحب الثوب واجده فيرجع فيه، ولا شيء له إن نقصت قيمته كما في القصارة؛ بناءً على أنّ جناية المشتري كالآفة السماوية.

(وإن زادت) القيمة **(عليه)** أي: على ما كان قبل الصبغ **(ولم تزد على قيمة الثوب والصبغ)** معاً: بأن كانت قيمة الثوب أربعة والصبغ درهمين وصارت القيمة بعد الصبغ ستةً **(فلهما)** أي:[للبائعين] **(الرجوع، ويشتركان فيه)** أي: في الثوب المصبوغ أثلاثاً، فيباع ويأخذ صاحب الثوب ثلثي الثمن، وصاحب الصبغ ثلثه، ولا شركة للمفلس فيه.

(وإن زادت القيمة) بعد الصبغ على **(قيمتهما)** أي: قيمة الثوب والصبغ: بأن كانت قيمة الثوب أربعة والصبغ درهمين، وصارت القيمة بعد الصبغ ثمانية؛ فالزيادة ربع المجموع **(فالأصح)** من الوجهين **(أن المفلس شريكٌ لهما)** أي: للبائعين **(بالزيادة)** على قيمة الثوب والصبغ، وهو ربع المجموع في المثال؛ لأن الزيادة حصل بفعله، كالقصارة، فعلى هذا يباع الثوب، فيأخذ صاحبه نصف الثمن، وهو أربعة في مثالنا، وصاحب الصبغ اثنين.

والثاني: لا شيء للمفلس في الزيادة؛ لأنها من نتيجة ماليهما؛ فيوزع على نسبة ماليهما؛ فثلثاه لصاحب الثوب، وثلثه لصاحب الصبغ فيقسمان ثمن]الثوب أثلاثاً: ثلثاه

لصاحب الثوب، وثلثه لصاحب الصبغ.

قال النووي في الروضة: ولو اشترى صبغاً وصبغ به ثوب نفسه ثم حجر عليه فللبائع الرجوع وإن زادت قيمة الثوب على ما كانت، قيل: فيكون شريكاً فيه، ثم قال: وإذا شارك ونقصت حصته عن قيمة الصبغ فوجهان:

أصحهما: أنه إن شاء قنع به ولا شيء له غيره، وإن شاء ضارب بالجميع أي: بجميع ثمن الصبغ.

والثاني: له أخذه والمضاربة بالباقي. هذا لفظه[1].

قال الجلالي:[2] ويؤخذ من هذا إن كانت الزيادة في المسألة السابقة أقلّ من قيمة الصبغ؛ فيخير بائعه بين أخذ الزائد، والمضاربة بجميع الثمن على الأصح، فلينبّه عليه. والله أعلم.

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٤٦).

(٢) ينظر: شرح المنهاج بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣٧١).

تم بفضل الله تعالى تحقيق كتاب التفليس من الوضوح، والتعليق على بعض مواضعه مع الإفادة من تحقيق الدكتور كامل الشهربازاري، ويليه بإذنه تعالى تحقيق كتاب الحجر منه والتعليق عليه.

وهذه الحصة من الوضوح موجودة في المخطوطة ٢٨٣ من اللوحة (٠٠٠٥٣) إلى اللوحة: (٠-٠٠٦٠)، وفي (٢٧٢٦) من اللوحة (٤٦) إلى اللوحة: (٥٣)، وفي (٣١٧٢) من اللوحة (٠٠٠٤٦٣) إلى اللوحة: (٤٧٠)، وفي مخطوطة مكتبة الخال من اللوحة (٩٨) إلى اللوحة (١١١)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات من اللوحة (٦٤٢٥)و..



كتاب الحجر

بفتح الحاء وسكون الجيم، كذا ضُبِطَ في الصحاح؛ فكسر الحاء غلط مشهور، وهو المنع مطلقاً. يقال: حَجِرَتِ الفروةُ بردَ الشِّتاء: أي مَنَعَتهُ، وهو بكسر[الحاء]الحاصل بالمصدر كما أنّ بفتحها مصدرٌ[1]؛ قال الله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجراً مَحجُوراً﴾ فبالفتح معناه: "حَجر نهادن "[2]، وبالكسر: "حَجرِ نهاده"[3]، وهنا يقتضي الفتح. (الفرقان: ٢٢)

وفي الشرع: منعٌ مخصوصٌ عن أشياءَ مخصوصةٍ بأسباب مخصوصة على ما ستطلع [عليه] إن شاء الله.

والأصل في الباب قولُه تعالى: ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ أي: اختبِروا اليتامى في عقولهم وأديانهم وفي[حفظهم]أموالهم عن المهالك والضّياع. (النساء:٦)

قوله: (بَلَغُوا النِّكَاحَ) أي مبلغ النساء والرجال، وهو أوان الحلم.

---

(١) صِيغ المصدر تستَعمل إمَّا فِي أصل النِّسبَة وَيُسمى مصدراً – وَإِمَّا فِي الهَيئَة الحَاصِلَة مِنهَا للمتعلق معنوية كَانَت أَو حسية كَهَيئَةِ الحَرَكَة الحَاصِلَة وَيُسمى الحَاصِل بِالمَصدَرِ، وَقيل: الفِعل مَعَ مُلَاحظَة تعلقه بالفاعل يُسمى مصدراً، وَمَعَ ملاحظته بالأثر المُتَرَتب عَلَيهِ يُسمى اسم المصدر وَالحَاصِل بِالمَصدَرِ. الكليات (٨١٦)، ودستور العلماء (٣/ ١٩١)

(٢) نهادن: كلمة فارسية بمعنى وضع الشيء وجعله في مكان. ينظر: (وازه نامه نوين) بالعربي (المعجم الجديد للمصطلحات) (ص ١٢٥٧) لمحمد قريب، مؤسسة إنتشارات بنياد – طهران، الطبعة الرابعة، سنة (١٣٦١هـ). فترجمة هذا المقطع: " وضع الحجر".

(٣) نهاده: اسم مفعول بمعنى الشيء الموضوع في مكان ما. المصدر نفسه (١٢٥٧). فترجمة هذا المقطع: " الحجر الموضوع ".

وقوله: (آنستُم) أي: أبصرتم، وعلمتم منهم رشداً : أي: صلاحاً في الدين، وحفظاً للمال، وعلماً بما يُصلحه.

وقولُه تعالى ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا ﴾ (البقرة: ٢٨٢)، السفه: خلاف الرشد، ويجيء تفسير الرشد فيعلم به السفه[١].

والمراد بالضعيف: المعتوه والصبي والشيخ المفنّد الذي اختلَّ نظره بالخرافة[٢].

***

صنوف الحجر

من (صنوف الحجر: حجر المفلس لحق الغرماء) فيما يضر بالغرماء من التصرفات المالية، ولم يتجاوز اعتبار الأقوال وقد مرّ.

(وحجر الراهن لحق المرتهن) فيختصُّ بعين المرهون.

(وحجر المريض) عن التبرعات في المال الموجود (لحق الورثة) فيما زاد على الثلث وإن تعلق بذمته دين؛ فإن لم يفِ ماله بدون الثلث به فهو محجور في الثلث أيضاً.

(وحجر العبد لحق السّيد) فلا يتصرف في ماله إلاّ بأذن السّيد؛ لأنه مال إلاّ أنّ له قابلية التصرف.

(وحجر المرتدّ لحق المسلمين)؛ فإنّ المرتدّ إذا هلك على الردّة فلا يورث منه، بل مالُهُ لمصالح المسلمين؛ فإذاً يحجر عليه في ماله إلى أن يقتل، أو يسلِمَ: فإن أسلم فالمال ماله، وإلاّ فهو لمصالح المسلمين[٣].

---

(١) السفه: عبارة عن خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب فتحمله على العمل بخلاف طور العقل وموجب الشرع، وضعف العقل وسوء التصرف. التعريفات (٥٥) وتحرير ألفاظ التنبيه (٢٠٠)

(٢) والخُرافةُ: الحديثُ المُستَملَحُ مِنَ الكذِبِ. وَقَالُوا: حَدِيثُ خُرافةَ، ذَكَرَ ابنُ الكَلْبِيِّ فِي قَولِهم: حديثُ خُرَافَة أَنَّ خُرَافَةَ مِن بَنِي عُذرَةَ أو مِن جُهَينةَ، اختَطَفَته الجِنُّ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى قَومِهِ فَكَانَ يُحدِّثُ بأَحاديثَ مِمَّا رَأى يَعجَبُ منها الناسُ فكذَّبوه فَجَرَى عَلَى أَلسُنِ النَّاسِ. لسان العرب (٩/ ٦٥)

(٣) يتعلق بمال المرتد مسألتان ماله حال حياته وماله بعد موته:

وقد اختلف الفقهاء في مال المرتد وتصرفاته حال حياته على أربعة أقوال:

القول الأول: أنه يزول ملكه في حاله وفور ارتداده فلا يحق له التصرف فيه ، وبه قال بعض الحنابلة.

(ولها) أي لتلك الصنوف **(أبوابٌ مُفرّدة)** منها ما مضى، ومنها ما سيجيء إن شاء الله تعالى.

(ومنها حجر المجنون) وهو الّذي أصابه الجنون، وهو داءٌ يُصيبُ الدّماغ، يُزيل شعور التمييز مع بقاء القوّة، وسمي بذلك؛ لأنّ غالب ما يكون ذلك من اعتداء الجنِّ، ثم شاع في كلِّ من زال عقله وشعور تميزه بأي سبب كان. **(والصبي)** من الصّبو بمعنى الميل، سمي به؛ لميله إلى كلّ مستحسن بلا فرقٍ بين المضرِّ والنافع. **(والمبذّر)** من بذَرَ بمعنى ذرّ و فرّقَ، وسيجيء تفسيره شرعاً **(وهو)** أي حجر هؤلاء الثلاثة **(مقصود الباب)**.

***

حجر المجنون والصبي

(وحجر المجنون) قدَّمهُ لقلة مباحثه وقربه إلى الضبط **(يثبت بالجنون)** بأن رأيناه يتخبط[1] في أموره، ولا ينتظم أفعاله وأقواله ولا يبالي[بسخف][2] الأمور من كشف العورة والتّغوطُ[3] بمحضر النّاس وغيرهما.

القول الثاني: أنه يوقف ماله فان مات مرتداً أو قتل على الردة تبين زوال ملكه وإن رجع إلى الإسلام فله التصرف في ماله وتبين استمرار ملكه. وبه قال جمهور الفقهاء من المالكية وهو القول الأظهر عند الشافعية.

القول الثالث: لا يحكم بزوال ملكه وإن تصرفه صحيح في ماله ، وبه قال أبو يوسف من الحنفية وبعض الحنابلة.

القول الرابع: تصرفه في ماله كتصرف المريض فلا تصح تبرعاته إلا من الثلث، وبه قال محمد بن الحسن من الحنفية.

أما مال المرتد بعد موته فقد اختلفوا فيها على أقوال: القول الأول: أن جميع ماله الذي كسبه في إسلامه يكون فيئاً لبيت المال، وهذا قول مالك والشافعي وأحمد.

القول الثاني: أن جميع ماله لورثته من المسلمين سواء كسبه في إسلامه أو ردته، وهذا قول أبي يوسف ومحمد.

القول الثالث: أن ما اكتسبه في حال إسلامه لورثته المسلمين، وما اكتسبه في حال ردته لبيت المال، وهذا قول أبي حنيفة.ينظر في المسألتين: بدائع الصنائع (٦/ ٦١)،وحاشية الدسوقي (٢/ ١٩٠)، والذخيرة، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (١٣/ ٢١)، وجواهر العقود (٦/ ٤٣٠) و الوسيط (٦/ ٤٣٠)، ومختصر اختلاف العلماء (٣/ ٥٠٦ ، ٥٠٧).

(١) **يتخبط:** يأتي ما يأتي بجهالة وبغير تبصر. المعجم الوسيط (١/ ٢١٦).

(٢) **السخف:** هو الخفة في العقل والرقة فيه. لسان العرب (٩/ ١٤٥)

(٣) **التغوط:** من غوط، وتَغَوَّط الرجل كناية عن الخِراءة إِذا أحدث. لسان العرب (٥/ ٣١) وما بعدها.

(فتنسلب) به أي: بالجنون (**الولاية**) أي: ولاية النكاح والأموال (و) ينسلب به (**اعتبار الأقوال**) من الأقارير[1]، والإيصاء، والطلاق، وأقوال العقود، والفسوخ.

وسكت عن اعتبار الأفعال، وفيه تفصيل:

وهو: أنه يعتبر في الإتلاف والجنايات دون غيرها من إيصال هدية ونحوها.

لا يقال: إنّ اعتبار الأفعال ينافي قضية الجنون؛ **لأنا نقول**: ليس اعتبارها من حيث إنها من الجنون، بل من حيث إنّها وقعت في خطاب الوضع، وهو ربط الأحكام بالأسباب، وقد قُرِّرَ في موضعه أنه لا يقتضي التكليف.

(**ويرتفع**) حجر المجنون (**بالإفاقة**) أي: بالرجوع إلى العقل، ولا يحتاج إلى رفع الحاكم، كما لا يحتاج إلى وضعه ابتداء.

(**وحجر الصبي يرتفع بالبلوغ**) وهو مطلق الوصول، ثم خُصَّ ببلوغ الإنسان إلى حالة مخصوصة، ويسمى الواصل إليها بالِغاً ومدركاً (**مع الرشد**) وهو الاهتداء لغةً، وسيجيء ما يريد منه شرعاً.

***

أمارات البلوغ

(**والبلوغ باستكمال خمس عشرة سنة قمرية**) أما التأقيت بخمسة عشر؛ فَلِما روي البخاري عن ابن عمر: أنه قال: «**عُرِضتُ على النبيِّ ﷺ وأنا ابنُ أربع عشرة سنة فردّني، وعرضتُ عليه في السنة الثانية فأجازني**»[2]، فإن عورض ذلك بما روي: «**أنه ﷺ كان [يقبل] الأقوياء وإن لم يكونوا بالغين؛ فإنّ رجلاً من الصحابة جاء بابن له ليكتبه النبي ﷺ فأبى، فقال الرجل: تُجيز وتكتب رافع بن خديج ولا تجيز ابني وهو يصرع رافعاً؟ فأمرهما رسول الله ﷺ بالمصارعة، فصرع ابن الرجل رافعاً فأجازه**»[3]، فقد بقي

(١) الأقارير: جمع إقرار، وهو الإذعانُ للحق والاعتراف به، وشرعاً: إخبار بحق لآخر عليه. التعريفات (٧٤).

(٢) أخرجه البخاري، رقم (٢٦٦٤)، ومسلم، رقم (٩١- (١٨٦٨). ونص الحديث عن ابن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ «**عرضني يوم أحد وأنا بن أربع عشرة سنة فلم يجزني ثم عرضني يوم الخندق وأنا بن خمس عشرة فأجازني**».

(٣) أورده الهيثمي في مجمع الزوائد: (٦/ ١٥٤) وقال: رواه الطبراني وفيه من لا أعرفه، وذكره المتقي الهندي في

هذا الحديث سالماً عن المعارضة، وهو ما روى الدار قطني: أنه ﷺ قال: «**إذا استكمَلَ المَولودُ خَمس عَشرةَ سنةً كُتِبَ ما لَهُ وما عَليهِ، وأُقيمَت علَيهِ الحُدُودُ**»[1].

وأمّا التَقَيُّد بالقمرية؛ فلأنها مما يعرفها الخواص والعوام، وعليها مدار مواقيت الإسلام من الحج، والأعياد، وآجال العقود. وتعريفها قد مرّ في السلم.

(وبالاحتلام) وهو من الحُلُمِ بمعنى الرُّؤيا المختلفة، ثم أُستُعيرَ لطيفِ[2] الحبائب، ثم لمطلقِ خروج المنيّ، سواء كان في نوم، أو جماع، أو استمناء[3]، وهو المراد هنا؛ قال الله تعالى: ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ ﴾. (النور: ٥٩).

(ويدخل وقت إمكانه) أي: الاحتلام بمعنى خروج المنيّ **(باستكمال تسع سنين)** قمرية؛ للاستقراء واستقرار العادة على ذلك، ولم يُنقَل عن أحد خروج، المنيّ قبل ذلك، فلو رأى قبل ذلك شيئاً يُشبهُ المنيّ لم يُحكَم ببلوغه؛ إما لأنه لم يكن مَنيّاً، أو كان لكن لم يخرج بوقته، بل إنّما خرج لعلة؛ فهو كَدَمٍ رأته المرأة قبل تسع سنين.

(وإنبات العانة)- وفي بعض النسخ: " ونبات العانة "، وهو الصحيح.-

والعانة: شَعر الرَّكبِ إذا خَشُنَ بحيث يحتاج في إزالته إلى الحلق.

(يقتضي الحكم بالبلوغ) فيه إشعار بأنه ليس ببلوغ حقيقةً، بل أمارات البلوغ، وهو

كنز العمال (١/ ٣٦٥)، رقم (٣٧٠٤٩)، وكلاهما ذكراه بلفظ: «**استصغر رسول الله ﷺ رافع بن خديج يوم أحد فقال له عمه ظهير: يا رسول الله إنه رجل رام، فأجازه رسول الله ﷺ فأصابه سهم في لبته، فجاء به عمه إلى رسول الله ﷺ: إن ابن أخي أصابه سهم فقال له رسول الله ﷺ: إن أحببت أن نخرجه أخرجناه، وإن أحببت أن ندعه فإنه إن مات وهو فيه مات شهيداً**»، وذكره الطبري أيضا. ينظر: تاريخ الطبري لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري- دار الكتب العلمية (٢/ ٦١).

(١) أخرجه البيهقي في الخلافيات من طريق عبد العزيز بن صهيب عنه بسند ضعيف، وقال الغزالي في الوسيط تبعا للإمام في النهاية: رواه الدار قطني بإسناده، فلعله في الأفراد أو غيرها؛ فإنه ليس في السنن، وذكره البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٩٤)، رقم (١١٣٠٧) عن قتادة عن أنس بلا إسناد وَقال: إنه ضعيف، وذكره ابن حجر في التلخيص وقال: أخرجه البيهقي في الخلافيات من طريق عبد العزيز بن صهيب عنه بسند ضعيف ،وذكره أيضاً في السنن الكبرى عن قتادة عن أنس بلا إسناد وقال: إنه ضعيف. ينظر: تلخيص الحبير (٣/ ٤٢).

(٢) **الطَّيفُ**: الغَضَبُ والجُنونُ والخَيالُ الطائِفُ في المَنامِ أو مَجيئه في المَنامِ. ينظر: لسان العرب (٩/ ٢٢٨)، والقاموس (١/ ١٠٧٨).

(٣) **الاستمناء**: وهو إخراج المني بغير الوطء، بالكف ونحوه. ينظر: معجم لغة الفقهاء (٤٦).

الـذي اختـاره كثيرون، وقيـل: هـو حقيقـة البلـوغ كالاحتـلام (**في حق صبيـان الكفّـار دون المسـلمين على الأظهـر**) مـن الوجهـين- متعلـقٌ بِـدونَ، لا بيقتـضي؛ إذ ذلـك الخـلاف لإلحاق المُسلِم بالكفّار في ذلـك، لا في اقتضـاء حكـم البلـوغ.-

أمّـا الاقتضـاء في حـق الكفّـار؛ فلـما ثبـت في الأخبـار: «**أنـهﷺ يأمـر بكشـف أركاب السبايا، فمـن أنبتـت عانتـه أمـر بقتلـه ومـن لا[لبـس] وخلّى سبيله، ومنهـم عطيـة القرظـي**» كـما رواه الشـيخان[1].

أمـا عـدم الاقتضـاء عـن حـق المسـلمين؛ فلأنـه لم يُنقَـل عـن رسـول اللهﷺ ولا عـن خلفائـه ذلـك ؛[إذ]يطلـع عـلى بلـوغ المسـلم بطريـق آخـر، وهـو العلـم بالاحتـلام بإخبارهـم، أو بالسـنة[2] بإخبـار أبويـه أو الشـهود، فـلا ضـرورة إلى ذلـك، بخـلاف الكفّـار؛ فإنـا [نضطَـرُّ] إلى ذلـك، فنجعلـه أمـارةً بالـضرورة.

والثاني: يقتضي في حق المسلمين؛ قياساً على ما ورد في الكفّار.

وأجيب بـردّ القيـاس؛ للفـارق، وهـو أن المسـلم قـد تسـتعجل نبـات العانـة بالمعالجـة دفعـاً للحجـر وتشـويقاً إلى الولايـات، ومكاتبتـه مع[الغـزاة]، بخـلاف الكافـر؛ فإنـه يفـضي بـه إلى المـوت أو الجزيـة، فربّـما يعالـج في دفـع النبـات.

وإنّما جاز النظر إلى العورة؛ لضرورة معرفة البلوغ .

(**ويحصـل البلـوغ في حـق النسـاء بالحيـض**)؛ مستأنسـاً بقولـهﷺ: «**لا تَصِـحُّ صَـلاةُ حائِضٍ إلاّ بِخِـمارٍ**»[3]، وبالإجـماع (**والحمـل أيضـاً**) أي: كخـروج المنيّ والسّـن ونبـاتِ العانـة؛ لأنـه

---

(١) هـذا الحديـث بهـذا المعنى لم يـروه الشـيخان، والـذي روياه هو نزول بني قريظة على حكم سـعد بـن معاذ وحكمه فيهـم وليـس فيـه ذكـر إنبـات العانـة ونحـوه، أمـا ماذكـره المصنـف فقـد جـاء بغـير هـذا اللفـظ في مسـند أحمد مخرجـا، رقـم (١٩٠٠٢)، وفي السـنن الكـبرى للنسـائي (٥/ ٢٦٤)، رقـم (٥٥٩٣)، أبـو داود، رقـم (٤٤٠٤)، والترمـذي، رقم(١٥٨٤)،وابـن ماجـة، رقـم (٢٥٤١)، وفي السـنن الكـبرى للبيهقـي (٦/ ٩٧)، رقـم (١١٣١٧)، وغيرهـا.

(٢) أي بسنوات عمره، وذلك يعرف بإخبار أبويه عن ذلك أو بالشهادة.

(٣) لم أعثـر عـلى هـذا الحديـث في الصحيحـين، والـذي وجدتـه أنـه قـد أخرجـه الحاكـم في المسـتدرك (١/ ٣٨٠)، رقـم (٩١٧) و (٩١٨) وقـال عـلى شرط الشـيخين ولم يخرجـاه، و ابـن حبـان (٤/ ٦١٢)، رقـم (١٧١٢)، وابن ماجـه، رقـم (٦٥٥).

مسبوق بالإنزال، قال الله تعالى: ﴿ فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنسَٰنُ مِمَّ خُلِقَ ، خُلِقَ مِن مَّآءٍ دَافِقٍ[1]، يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ﴾ (الطارق: ٥-٧). قال المفسرون: ماء الرجل من الصُّلب، وماء المرأة من الصدر، والترائب: شراريف الصدر.

لكن لا نحكم ببلوغها قبل الوضع، فإذا وضعت حُكم ببلوغها قبل الوضع بستة أشهر، ولحظة؛ لأنه أقلّ مدة الحمل.

وعن الخراسانيين وجهٌ: أنه لا يحصل البلوغ بالاحتلام في حق النِّساء، إذ لا تَفرُقُ بين المياه الخارجة منها، ومنيّهاً.

ورُدَّ بأنَّ بين منيّها وسائر مياهها فرقٌ جليٌّ، فإنَّ منيّها حين يخرج ينبسط، وينقبض أُستها[2] كما ينبسط وينقبض أُستُ الرجل.

***

الرشد وأحكامه

(**والرُّشد: هو الصلاح في الدين**) الصلاح: الموافقة لغة، وفي الشرع: القيام بما يتوجّه عليه من حقوق الله، وحقوق العباد (**مع إصلاح المال**) الإصلاح: التسوية لغة، والمراد هنا: إيتلام أمور المعاش بحيث لا ينسب إلى قلة التدبير.

(**والمراد من الصلاح في الدين أن لا يرتكب**) أي: لا يباشرَ (**من المحرَّمات ما يبطل العدالة**) وهو التحرز عن الكبائر [إسرارا]، والإصرار على الصغائر المتفق عليها، وهذا أدنى درجات الورع، ويسمّى ورع العدول.

والدرجة الثانية: أن يحترز عن الشُّبهات من الملابس، والمطاعم، وسائر الأفعال، والأقوال لئلاّ يقع في الحرام، ويسمّى ورع التقوى.

---

(١) دافق: قال المفسرون هو بمعنى مدفوق، وقال الخليل وسيبويه: هو على النسب أي ذي دفق، والدفق: دفق الماء بعضه الى بعض، ويصح ان يكون الماء دافقاً؛ لأن بعضه يدفع بعضا فمنه دافق ومنه مدفوق. ينظر: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (٥/ ٤٦٥).

(٢) الإست: العجز، وقد يراد بها حلقة الدبر. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٤١٦).

والدرجة الثالثة: أن يحترز من كثرة المباحات من كل نوع لئلاّ يقع في الشُّبهات، ويسمى ورع الرياضة.

والمراد ببطلان العدالة: عدم قبول الشهادة والأخبار.

وأحترز بالمحرمات عما لوَ سقطت عدالته بترك المروءة؛ فإنه لا يقدح في صلاح الدين.

(**والمراد من إصلاح المال أن لا يكون مُبَذِّراً**)، وفُسِّرَ بتفاسير:

منها: قيل: المبذر: من صرف المال في غير مصارفِهِ المعروفة عند العقلاء، ولا يَفرُقَ بين الإسراف والتقتير.

ومنها: أنه قيل: المبذر: من جهل بمواقع الحقوق، كما أنّ الصّرف بمقاديرها

ومنها: ما قاله المصنف، وهو قوله: (**والمبذر من يُضَيِّع المال باحتمال الغبن الفاحش في المعاملات**) بأن يبيع ما يساوي عشرة فأكثر بثمانية، أو يشتري ما يساوي ثمانيةً بعشرةٍ، قال الأئمة: ليس ذلك بتبذير على الإطلاق، بل إذا وقع؛ جهلاً بأثمان الأمتعة.

أما إذا وقع قصد إرادة المحاباة، والمواساة[1] والإحسان إلى الناس؛ فإنّه ليس بتبذير، بل هو إيثار، وليس بتضييع للمال.

(**أو بإلقائه في البحر**) قيل: المراد به حقيقة بأن يُلقى في البحر زاعماً أنّه قيل الإحسان جيد ولو بالإلقاء في البحر، وذلك لقلة العقل.

وقيل: المراد به تصريفه إلى ما لا يكون فيه فائدة من الفوائد كإعطاء الأغنياء ما لا يعينهم، وإعطاء أرباب اللّسان ليمدحوه، ونحو ذلك، وهذا أولى؛ لأنّ الأولى من مراتب الجنون.

(**أو بإنفاقه في المحرَّمات**) فتضييعُ المال بما ذكر من قلة العقل، وإنفاقُه في المحرمات من قلة الدين.

والفرق بين الفاسق والمبذر: أنّ المبذر: يباشر هذه الأمور ويرتكب المحرمات على

---

(١) وآسَاهُ بمالِه: أنالَه مِنهُ وجَعَله فِيهِ أُسوة. لسان العرب (١٤/ ٣٦). باللغة الكردية: (هاوكاري).

الجهل بخطرها وعدم العلم بمواقعها ومقاديرها، والفاسق يباشرها مع العلم بقُبحها وقلة المبالاة بسوء عاقبتها.

(والأصح) من الوجهين **(أن صرف المال إلى الصدقات)** التي يُبتغى بها إبقاء النفوس المحترمة حِسبةً لله **(وأبنية الخير)** من المساجد، والقناطر، والرِّباط، وتسوية الطرق المخشنة[1] وكل ما يبتغى به إبقاء الأعيان الغير المنفوسة[2] فإنّ اسم **الصدقات لا** يتناولها عرفاً؛ فليس من ذكر العام بعد الخاص؛ فليس فيه تكرار كما ظُنّ، نعم ذكر الخير بدون ذكر الأبنية عام، ولم يقتصر عليه، ولو سُلِّمَ فالتكرارُ لزيادة فائدة مقبولٌ جداً **(و)** إلى **(المطاعم، والملابس التي لا يليق بحاله)** بأن كان من السَوَقة[3]

والروستاء[4] وكان يتنعّم بتنعم الأمراء، وأرباب الأعمال من القُضاة، والحكام، والرؤساء **(ليس بتبذير)**:

أما في الصدقات وأبنية الخير؛ فلما قيل: «**الدُّنيَا مَزرَعَةُ الآخِرَةِ**»[5] والإحسان فيها بذر الساهرة، " ولا سرف في الخير، كما لا خير في السّرف "[6]، طوبى لمن رزق مالاً

---

(١) **المخشنة**: ومن الخشن وهو ضد اللِّين. ينظر: لسان العرب (١٣/ ١٤)

(٢) غير المنفوسة: أي: غير المولودة. ينظر: مطالع الأنوار على صحاح الآثار لإبراهيم بن يوسف بن أدهم الوهراني الحمزي، أبو إسحاق ابن قرقول (ت: ٥٦٩هـ) تحقيق: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث ط: الأولى (١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م) - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة قطر (٤/ ١٩٨).

(٣) السّوقةُ من الناس: الرَّعيَّة ومَن دون المَلِك: لسان العرب (١٠/ ١٧٠). باللغة الكردية: (رەعيەت).

(٤) **الروستاء**: عربت إلى الروستاق بمعنى القرية، الروستائي أي: القروي. فرهنگ معين (٧٥٣).

(٥) لم نجد في كتب التخريج إلا مقطع: «**الدنيا مزرعة الآخرة**»: قال الحافظ العراقي في: المغني عن حمل الأسفار (٢/ ٩٩٢): " لم أجده بهذا اللفظ مرفوعاً، وذكره الصغاني: رضي الدين الحسن بن محمد بن الحسن بن حيدر العدوي القرشي الصغاني الحنفي (ت: ٦٥٠هـ) في الموضوعات، المحقق: نجم عبد الرحمن خلف- دار المأمون للتراث - دمشق، الطبعة: الثانية، ١٤٠٥ هـ: (٣٨): (٦٤) رقم: (١٠٦) بلفظ: «" **الدُّنيَا قنطرة، فاعتبروها وَلَا تُعَمِّرُوهَا** "»، وقال السخاوي: شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد (ت: ٩٠٢هـ) في المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة المحقق: محمد عثمان الخشت الطبعة: الأولى (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م) - دار الكتاب العربي - بيروت: (٣٥١) رقم (٤٩٧): لم أقف عليه مع إيراد الغزالي له في الاحياء.

(٦) رواه الثعالبي: عبد الملك بن محمد بن إسماعيل أبو منصور (ت: ٤٢٩هـ) في التمثيل والمحاضرة، المحقق: عبد الفتاح محمد الحلو ط: الثانية، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م) - الدار العربية للكتاب: (١/ ٣٢) من قول الحسن بن سهل.

ففرّقه يميناً وشمالاً. نعم، يكره الصرف عليها بطريق الاقتراض لها، ولو قيل بالحرمة لم يبعُد؛ إذ ربما لا يجد ما يؤدي به فيكون كضماد[1] الجرح بالنفس والملح.

وأما في الصرف إلى المطاعم...الخ؛ لأن المال للتلذذ والانتفاع، ولا منع لأحد من مزاولة المباحات.

والثاني: في الأول يقول: إن بلغ الصبي وهو مفرط في ذلك الإنفاق فهو مبذّر، وإنفاقه ليس للاحتساب، لما أنّه من نتائج طبعه، وإن بلغ معتدلاً في الإنفاق ثم عرض له ذلك احتساباً فلا تبذير.

ومحل الخلاف فيما إذا[لم يصرح]بالإيثار والاحتساب؛ فإن صرح فلا خلاف في استحبابه، فضلا عن التبذير.

والثاني: أنه يقول: تبذيرٌ عادة، **إذ** مَن يباشر ما لا يليق بحاله فهو دليل على قلة عقل؛ لأنّ الرّعونة من أمارات قلة المبالات بعواقب الأمور، وذلك سَفَهٌ.

(ويختبر) أي يمتحن **(الصبي)** وجوباً **(ليعرف حالُهُ في الرشد)** فالاختبار في الدّين ففي الفروع كالطهارة، والصلاة، والصوم، وما اشتملت عليه من الشرائط، والأحكام، والقيام بما يجب عليه من حقوق الله، وحقوق الوالدين، والأقارب، والجيران **(ويختلف الاختبار)** في أمور الدنيا دون أمور الدين؛ إذ أمور الدين لا تختلف باختلاف الناس **(باختلاف طبقات الناس)** أي أصنافهم في مراتب المعاش **(فولدُ التاجر)**[أي: الذي يسافر]بالأقمشة ويبيع ويشتري، وأراد هنا: مطلق المعامل، فيشمل البزاز أيضاً **(يختبر في البيع والشري والمماكسة فيهما)** والمماكسة: أخذ المال بلا عوض معيّن، ومنه المكس للبائع.

وفي اصطلاح التجار: عبارة عن طلب النقص عما ساوم عليه البائع، وطلب الزيادة عما يعطي المشتري كأن قال البائع: متاعي بعشرين؛ فيقول الصبي: بل بخمسة عشر، أو يكون الصبي بائعاً فيعطي المشتري خمس عشر مثلاً؛ فيقول الصبي: لا يبيع إلاّ بعشرين.

---

(١) الضماد والضِّمادَة هي العِصابَةُ، ويقال: ضَمَّدت الجرح إذا جعلت عليه الدواء. لسان العرب (٣/ ٢٦٤).

(و) يمتحن (ولد المُزارع)[أي:]الّذي يدفع الأرض إلى من يزرعها مزارعة أو إجارة، ولو قال ولد الزارع كان أشمَلَ؛ ليتناول من يزرع بنفسه (في الزّراعة) أي فيما يَزرع وما يُزرع فيه، وكيف يزرع؟، وفي أي وقت يزرع؟ (وفي الإنفاق على القوّام بها) أي إعطاء أجرة العامل؛ فيصرف أجرة كل يوم، وأجرة الثيران والآلة.

ولم يرد الإطعام، أي: التغدية والتعشية؛ لأنّ الأستئجارَ بهِ لا يصح عندنا، والتبرع به من الصبي ممتنع.

وإن أراد بالقُوّام العبيد والدَّواب من ثيران الفدن[1] والنضح؛ فالإنفاق يعم الإطعام والتعليف والأجرة.

(وولدُ المحترف) يمتحن (فيما يتعلق بحرفته): فولد الكاتب في القرطاس[2] والمحبرة[3] والحِبر، وأخذ القلم.

و[ولدُ]الحَداد في الفطّيس[4] والمنفخ[5]، والكلبتين[6]، ومعرفة خُبثِ الحديد، وطيبه، والعلم بنوعي الفرند[7]، أي فرند الذكر والأنثى، ليعرف به الجودة والرداءة، ويعرف زمان إخراج الحديد من الكير[8] وغيرها.

وولد الحائك[9]، في الوصل ومعرفة ما يصلح لِلُّحمة والسُّدي، واتخاذ الأسنة[10]

---

(١) الفدن: الثور الذي يحرث به، والفَدانُ بتخفيف الدال الذي يجمع أداةَ الثورين في القِرانِ للحَرثِ. لسان العرب (١٣/ ٣٢١).

(٢) القرطاس: بكسر القاف وضمها: الذي يكتب فيه. مختار الصحاح (٢٢٢) من (ق ر ط س).

(٣) المحبرة: الحبر الذي يكتب به، وموضعه: المحبرة بالكسر. مختار الصحاح (١/ ٥١) (ح ب ر).

(٤) الفِطِّيس: المِطرَقَة العظيمة والفَأس العظيمة. ينظر: لسان العرب (٦/ ١٦٤).

(٥) المنفخ: ما ينفخ به الإنسان في النار وغيرها. كتاب العين (٤/ ٢٧٧)، ولسان العرب (٣/ ٦٣).

(٦) الكلبتين: التي تكون مع الحداد يأخذ بها الحديد المحمي. ينظر: تاج العروس (١/ ٤٦١).

(٧) الفرند: الفرند: وشي السيف، وهو دخيل. لسان العرب (٣/ ٣٣٤-٣٣٥).

(٨) الكير: كير الحداد، وهو زق، أو جلد غليظ ذو حافات ينفخ فيه الحداد. لسان العرب (٥/ ١٥٧).

(٩) الحائك: هو من يحُوك الثوب، وجمعه حوكة، والحِياكةُ حرفته، والحيك: النسج. لسان العرب (١٠/ ٤١٨).

(١٠) الأسنة: سدَى الغَزلِ وهي أيضاً المِسَاكُ في جَانِبَي الثَّوبِ إذا ابتُديءَ بعَمَلِه كذا في اللسان. ينظر: القاموس المحيط (١/ ٤٠٧)، وتاج العروس (١/ ٢٢٦٦).

والمداخل[١]، والمكوك[٢]، وعقد المناق، وزمان المعاقد، وغيرها.

وولد القواس في معرفة الأخشاب، وأخذ العروق[٣] على السريشم[٤]، ومعرفة الشيراج[٥] من السندروس[٦]، ويعرف أنّ المنبت يجعل إلى القبضة، وإلاّ فلا يسدّ السّهم بذلك[القوس]، ويسرع قطعَ وتره. وقس على ذلك سائر الأصناف.

(و) تمتحن (المرأة فيما يتعلق بالغزل) كإصلاح المغزل وشدّ جناحه بالأحبال، ومعرفة القارّ ومعالجتها، وتقويم المحور، والقطن بأن تعرف أيُّ قطن يصلح للمناديل؟، وأيٌّ يصلح بالألحفة والخيام ؟ (و) في (صون الأطعمة عن الهِرّة والفأرة) والضرارة، وسائر الحشرات، وتمتحن أيضاً في غسل رأسها، والامتشاط، وما يتعلق بإزالة الأوساخ.

وإنما يجب الامتحان؛ ليبيّن به الضبط، والتحفظ، وعدم الانخداع، والأنثى يعم بذلك؛ لأنه قِوام الرشد، والاهتمام برشدها أكثر تخليصاً من المفاسد، وإذا ثبت رشدُها فلا حاجة في تصرّفها في مالها إلى إذن الزوج.

(ولا يكفي الاختبار) في جميع الطبقات (مرة واحدة) إذ قد يكون ذلك اتفاقاً (بل لا بدّ من مرّتين أو أكثر)؛ ليصير عادة فيغلب على الظنون رشده.

(ووقته) أي وقت الاختبار (قبل البلوغ أو بعده؟ فيه وجهان: أصحها الأول)؛ ليستعدّ للتصرُّف فلا يمضي عليه زمان بعد البلوغ على التعطيل، وقد قال الله تعالى ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ واسم اليتيم إنما يقع حقيقةً على الصغير. (النساء:٦)

والثاني: بعد البلوغ؛ لأنّ الاختبار إنما يكون للتصرف، والتصرف إنما يصح بعد البلوغ.

---

(١) المداخل جمع مدخل، والمدخل: بالفتح الدخول، وموضع الدخول. لسان العرب (١١/ ٢٤).

(٢) المكوك: آلة في الحياكة. ينظر: منجد الطلاب (٧٤١)، فؤاد أفرام البستاني- الطبعة: الثانية والأربعون، السنة: (١٩٨٦م).

(٣) العروق: نبات أصفر، طيب الريح، والطعم يعمل في الطعام. لسان العرب (١/ ٢٤٢).

(٤) السريشم: فارسية، مادة لزجة تستخرج من أنساج النبات، أو الحيوان. فرهنگ معين (٨٣٣).

(٥) الشيراج: كلمة فارسية، لفظة معربة تعني دهن السمسم (فرهنگ معين: (٩٢٩).

(٦) السندروس: لفظة فارسية معربة، وهو صمغ يستخرج من الصنوبر الجبلي. فرهنگ معين (٨٥٧).

(لكن الأصح) من الوجهين **(أنه لا يصح منه العقد قبل البلوغ)**؛ لبقاء الحجر عليه؛ إذ الحجر لا يُرتفع إلاّ باجتماع الرشد والبلوغ.

والثاني: أنه يصح منه العقد؛ للرشد؛ إذ المطلوب بالبلوغ الرشد؛ لأنه أوانه غالباً، وليس البلوغ مطلوباً لذاته، ولأنّ الحاجة قد تدعوا إليه.

(وإنما يختبر بأن يدفع إليه شيء من المال، ويمتحن في المماكسة) مرَّ تفسيرها **(والمساومة)** [وهي]الرَّتعُ والطلب لغة، وفي اصطلاح التجار: تقويم المتاع بعوض لا يزيد عليه ولا ينقص إلاّ ذو فطِنٍ، والمراد: معرفة مقادير الأثمان، والمثامن وذكرهما في المعاملات، بأن يقول: هذا يساوي ذاك، وهذا لا يساوي **(فإذا انتهى الأمر إلى العقد عَقد له الولي)**؛ لما ذكرنا من بطلان تصرُّفه.

(ولو بلغ الصبي غير رشيد) بأن لم يجامع إصلاح المال وصلاح الدين للاختلال بهما أو بأحدهما **(دام الحجر عليه)**؛ لعدم موجب فكه **(ولم يُدفع المال)** إليه، ويلي أمره من يلي أمره قبل البلوغ، ويتصرف في ماله على سبيل الغبطة والمصلحة، ولو دفع إليه ضمنه الدافع **(فإن بلغ رشيداً دفع إليه ماله)**؛ امتثالا لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ (النساء:٦).

ولا يجوز حبس ماله عند ذلك إلاّ لعذر أو خوف؛ فإن حبس دخل في ضمانه، **قيل:** إن طَلب ولم يَدفع، **وقيل:** وإن لم يطلب.

(وينفك الحجر بنفس البلوغ والرشد أم لا بدّ من فكِّ القاضي؟ فيه وجهان أظهرهما: الأول)؛ لأنّ حجره أوّلاً لم يكن بوضع القاضي، بل بسبب جِبليٍّ فيه؛ فإذا زالت السبب زالت المسبب.

والثاني: لا بدّ من فكِّ القاضي؛ لأنّ الرشد والحجر من الأمور الاجتهادية، تحتاجان إلى نظر واجتهاد، ولو قلنا به فالأب والجدّ كالقاضي.

وحكى الجلالي في القيم والوصيُّ وجهين بلا ترجيح [1].

---

(١) ينظر: شرح المنهاج للمحلي بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣٧٧).

قلت: الصحيح أنهما كالقاضي أيضاً؛ لقيامهما مقام الأب والجد في الولاية.

(ولو صار مبذِّراً بعد بلوغه رشيداً فلا يُمكَّنُ من التصرف)؛ لظهور المانع، وخروجه عن أهلية التصرف.

(ويعود الحجر بنفسه أو يعاد؟ فيه وجهان: الصحيح: الثاني)؛ لأنّ حجره قد ارتفع بالبلوغ مع الرشد، وهذا حجر جديد؛ فلا بدّ من عائدٍ.

ثم الأصح أنّه لا يكون إلاّ القاضي كسائر الأمور العظام الاجتهادية.

ونقل الجلالي وجهاً: أنه يجوز أن يعيد الأب أو الجد [1]، وابن الرفعة: الوصيُّ أيضاً.

ووجه مقابله: أنّ الحجر مداره التبذير، والسّفه ينفكُّ بعدمه، ويعود بعوده فلا يحتاج إلى إعادة أحد. **وفائدة الخلاف**: أنه لو وقع تصرف بين التبذير وإعادة الحجر نفذ على الأوّل دون الثاني.

(ولو صار فاسقاً) بعد ما بلغ صالحاً رشيداً- وقد مرّ الفرق بين الفسق والسّفه والتبذير- **(فأصح الوجهين أنه لا يحجر عليه)**؛ لأنّ بالفسق لا يخرج عن أهلية التصرف؛ فلا يتحقق به تضييع المال، ولأنّ السلف لا يتحاشون عن معاملة الفَسَقَةِ عند الأمن من الفتنة، ولم يُنقَل عنهم[حجرٌ]على الفسقة.

والثاني: يحجر عليه كما لو صار مبذراً؛ لاختلاله بأحد الأمرين المشروطين في رفع الحجر.

وفي قوله: "صار فاسقاً "إشعارٌ بأنه لو بلغ فاسقاً ولم يتخلل في زمانه صلاح لم يرفع عنه الحجر. ولذا قيل: تارك الصلاة لا يدفع إليه الزكاة إذا كان تاركاً من أصله؛ لعدم رفع الحجر عنه، بل يدفع إلى من يقبل له، وإذا كان طارئاً جاز الدفع إليه.

***

متى يحجر على السفيه؟ ومن يحجر عليه؟

(فصل: أصحُّ الوجهين أنَّ من حجر عليه للسّفه الطّاري) أي الجاري بعد الرشد،

---

(١) المصدر نفسه.

السّفه: خفة العقل، وسوء التصرف، وأراد به التبذير، وقيل:[هو]نوع من السفه يطلق على من لا يهتدي إلى تصرفات الأمور لنحو خبل وعَتَهٍ، أو اختلال نظر لِكِبَرٍ ونحوه (يلي أمرَه القاضي)؛ لأن السفه من الأمور الاجتهادية، فيحتاج إلى نظر القاضي؛ فيلي أمره كما يعيد الحجر عليه.

(والثاني: يلي أمره من يلي) أمره (في الصِّغر) وهو الأب أو الجد؛ لأنّهُ وافر الشّفقة، كثير الاهتمام به، قليل الشغل؛ بخلاف القاضي؛ إذ ربّما لا يتفرغ له.

وقيل: الخلاف مبنيٌّ على أنّ الحجر هل يعود بنفسه أو يعاد، فمن قال بالعود قال: يلي أمره من يلي في الصِّغر، ومن قال بالإعادة قال: يلي أمره القاضي.

(ويجري الوجهان فيما إذا طرأ عليه الجنون، لكنَّ الأصح فيه) أي في ما إذا طرأ (الثاني) يلي أمره من يلي في صغره وهو الأب أو الجد؛ لأنّ الجنون منشأ أفعال قبيحة وحركات غير متناسبة؛ فلا يتحمَّلها إلاّ من له وفور شفقة، وكثرة الاهتمام، وقد لا يليق احتمالها بحال القاضي.

ووجه مقابله: أنّه يلي القاضي كما في السّفيه.

وأجيب: بأنَّ السَّفه مجتهد فيه فيحتاج إلى نظر القاضي بخلاف الجنون؛ فإنّه يعرفه كلّ عاقل؛ فلا حاجة إلى نظر القاضي مع ما ذكرنا من صدور القبايح منه.

(ولا يصح من المحجور عليه بالسّفه البيع والشري) أي نمنعه من التصرفات نظراً له؛ لأنا نمنع الصبيَّ؛ لاحتمال التبذير، فلأن نمنع السفيه مع تيقنه كان أولى.

وإنّما صرَّح به مع أنَّ ذكر الحجر يغني عنه؛ تصريحاً بالردِّ على أبي حنيفة[1].

ولم يقتصر على قوله: التصرفات المالية والنكاح؛ أداءً لحق التعليم بالتفصيل، أو قصداً إلى ردِّ المخالف بالتصريح؛ فإنَّ من المذاهب من يُجوِّزُ الإعتاق، ومنهم من يجوز الشري على الذمّة دون العين[2].

---

(١) لأن أبا حنيفة رحمه الله يرى أن السفيه ليس بمحجور عن التصرفات أصلاً وحاله حال الرشيد. ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٧١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٧١)، والمغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل (٤/ ٥٣٠).

(والإعتاق والهبة) لأنه إن كان ممنوعاً من المعاوضات التي هي لاكتساب الأموال؛ فلأَن يمنع من[التبرعات] كان أولى؛ لأن الدخل والخرج أهون من الخرج الصِّرف **(والنكاح)**؛ لأن أمره مبني على النظر في اختيار الكفء وتقدير الصداق **(بغير إذن الولي)** قيدٌ لجميع التصرفات، وذلك خلاف في المذهب. والكلام في الإذن سيأتي.

(ولو اشترى وقبض أو استقرض فتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه لا في الحال ولا بعد رفع الحجر)؛ لأنَّ معامِله مضيعٌ لمالِهِ؛ فهو كما لو وضعه في مهلكة فضاع، ولا يؤاخذ به يوم القيامة؛ لظنّه أنه صحيح؛ إذ لا يرى أحدٌ عيب نفسه، بخلاف ما لو أتلفه استقلالاً بغير معاملة[فإنه]يضمنه ويؤاخذ به يوم القيامة؛ لأنه مكلف **(سواء علم من عامله أو لم يعلم)** أما في العلم فظاهر، وأما في الجهل؛ فلتقصيره في البحث عن حاله.

(ويصح نكاحه بإذن الولي) على ما سيأتي تفصيله في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى.

(ولا تصح التصرفات المالية) التي عدّها **(في أظهر الوجهين)** بإذن الولي؛ لأن الإذن لا يرفع عنه السّفه والتبذير؛ فلا يأمنُ الخسران في المعاملات، سواء قدَّر له الوليُّ العوضَ أو لم يقدِّر؛ لأن بتقديره لا يصير أهلاً لمعرفة القدر، مثلاً: لو قال بع هذا بعشرة دراهم، وخذ بها عرضاً يساوي عشرة، فقيمة العرض مفوضة إليه، والولي إنما قدّر عددها.

والثاني: يصح إذا قدّر الولي العوض. **والجواب**: ما سمعت.

ولا خلاف في عدم جواز ما لا عوض فيه كالإعتاق والهبة.

(ولا يقبل إقراره بالديون) أي: ديون المعاملة **(سواء أسند إلى ما قبل الحجر أو ما بعده)**؛ لأنها لا يلزم عليه ضمانها إنشاءً؛ فكذا لا يقبل إقراراً.

(ولو أقرّ بإتلاف مال فكذلك) لا يقبل **(في أصح الوجهين)** كدين المعاملات، وكذا الإقرار بجناية توجب المال.

والثاني: يقبل الإقرار كإنشاء الإتلاف؛ فالإنشاء يضمن، فالإقرار به يُقبل.

وليعلم: أنَّ ما رُدَّ من إقراره لا يؤاخذ به بعد الحجر.

(**ويصح إقراره بما يوجب الحدّ**) كالزنا، والسرقة من الحرز، وقذف المحصنة، (**وبما يوجب القصاص**)؛ لأنه يعلم الفرق بين ما يضرُّ وما ينفع. والضرر بالنفس مما يحترز منه كلّ حيوان، مع أنّ له أدنى تمييز؛ فلا يقول ما يضرُّ بنفسه إلاّ صادقاً، فعلى هذا فيقطع في السرقة عند اجتماع الشروط.

وهل يثبت المال تبعاً للقطع أم لا يثبت كالإقرار بما يوجب المال؟

فيه قولان جديدان كالقولين في العبد إذا أقرّ بها.

والراجح في العبد عدم ثبوت المال فالسفيه كذلك، وينقص منه، طرفاً كان أو نفساً.

ولو عفاه المستحق على المال ففي ثبوته وجهان: أحدهما لا يثبت؛ كما لو [أقرّ بموجبه].

والأصح عند المصنف والنووي: ثبوته؛ لأن ثبوته متعلق باختيار المستحق دون إقراره[1].

(**ويصح منه الطلاق والخلع والظهار**)؛ لأن عباراته صحيحة فلا يلحق بالبهائم؛ لأنه مخاطب بالفروع كالرشيد؛ ولقولهﷺ: «**كلّ طلاق واقع إلاّ طلاق الصبي والمجنون**»[2]، ولأنّ كلّ من ملَك النِّكاحَ وقع طلاقُه، ولكن لا يدفع إليه المال في الخلع، بل إلى من يلي أمره من القاضي أو الأب أو غيرهما.

(**ويصح**) منه (**نفي النسب باللِّعان**) بعين ما ذكر؛ لحصوله بالعبارات دون المال، ويقاس عليه استلحاق النسب؛ لكن [ينفق] على الولد المستلحق من بيت المال كما ينفق على المنفيّ باللِّعان.

(**وحكمه في أداء العبارات حكم الرشيد**) وكذا في الاجتناب عن المعاصي؛ فيقتل بترك الصلاة، ويحدُّ في شرب الخمر، ويعذر في ارتكاب الصَّغائر، ويؤمر بالحضور إلى الجمعة والأعياد (**لكن لا يفرِّق الزكاة بنفسه**) إذ ربَّما لا يعرف المستحق مع أنّه تَصَرُّفٌ ماليٌّ يمنع منه اطراداً.

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٧٨)، وروضة الطالبين (٢/ ٢٥٤).

(٢) حديث «**كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمجنون**» قال ابن حجر العسقلاني: لم أجده. ينظر: الدراية: (٢:/ ٦٩)، وقال الزيلعي في نصب الراية:حديث غريب. ينظر نصب الراية (٣/ ٢٢١).

(وإذا أحرم بالحجة المفروضة عليه) إما بالاستطاعة المالية، أو بالتزامها بالنذر قبل الحجر، وأما النذر بعد الحجر فلا يصح؛ [لاستلزامه] المال **(فيسلِّم الولي مايحتاج إليه)** بالمعروف لا إسرافاً، ولا تقتيراً **(إلى ثقةٍ)** أي أمينٍ متدينٍ، سمى بها؛ لجواز الاعتماد عليه، **(لينفق عليه في الطريق)** وَلا يدفع إليه كلّ يوم نفقة ذلك اليوم، كما يدفع سائر النفقات، بل إذا جاع أطعمه، وإذا عَطِش سقاه، سواء في يوم مرة، أو مرّتين، أو أكثر.

والتقيد بالإحرام لا ينافي الإنفاق عليه قبل الإحرام في سفر الحج، مع أنه يجوز أن يقال: قوله: " إذا أحرم " أي: أراد الإحرام وخرج. والعمرة كالحج في ذلك.

(وإذا أحرم) السَّفيه **(بحج تطوّع وزاد ما يحتاج إليه في السَّفر على النفقة المعهودة)** في الحضر ولو بقليل **(فللوليّ منعه)** من الحج؛ إذ لا وجوب عليه، فصيانة ماله أولى من اكتساب الأجر؛ لأنّ ذاك واجبٌ، وهذا مستحَبٌ.

وقال ابن الرفعة: منعه من الزّيادة [لا من نفس السفر والحج، ولا ينافي في ذلك ذكرهم حكم التحلل؛ إذ يجوز له أن يتحلل إذا منع من الزيادة][1] وإن لم يمنع من الحج.

قال النووي: ولو كان السّفيه يكسب في السّفر بقدر ما زاد على النفقة المعهودة لم يجز منعه[2]؛ إذ لا ضرر عليه في ما زاد.

(والأصح) من الوجهين في أصح الطّريقين **(أنه)** أي السّفيه **(كالمحصر يتحلّل)** أي: لا يتحلّل بلا التزام شيء، **لكن إن قلنا**: أنَّ لِدم الإحصار بدلاً وهو الراجح فينوي ويحلق ويصوم ولا يذبح؛ لأنّه محجور في المال، **وإن قلنا**: " إنه لا بدل له " فيقتصر على الحلق والنية، ويبقى الدّم في ذمته، حتى لو صار رشيداً قضاه.

والثاني: يتحلّل بلا التزام شيء: إن شاء نوى وحلق، وإلاّ فلا.

---

(١) كفاية النبيه (١٠/ ١٠)، ، والمراد بالزيادة: الزيادة على نفقة المحصر، كما يرشد إليه عبارة الكفاية: " ولا ينفق عليه في حج التطوع الذي شرع فيه بعد الحجر إلا قدر نفقة الحصر، فإن لم يكفه ذلك، وكان يقدر على تحصيل ما يكفيه بالتكسب والتحمل، لزمه المضيُّ فيه، وألا فهو كالمحصر؛ فيتحلل بالصوم إن رأيناه، وقيل: هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة؛ فلا يتحلل إلا بلقاء البيت، حكاه الرافعي ".

(٢) ينظر: المجموع (١٣/ ٣٨١)، والروضة (٢/ ٢٥٤)، وطبع ٣ المكتب الإسلامي (٣/ ١١).

والطريق الثاني: أنه كفاقد الزاد والراحلة؛ فلا يتحلّل إلاّ إذا عجز، ثم يتحلّل بلا شيء.

ويجوز أن يقدر قوله: " والأصح " من الطّريقين، وتقابله طريقُ فقد الزاد والراحلة كما يشعر به كلام بعضهم، والأمر في ذلك سهل؛ لقلة الاختلاف.

***

أولياء المحجور عليه

(**فصل: يلي أمر الصبي الأب**)؛ لوفور شفقته، وكمال رأفته (**ثم الجدُّ**) عند فقد الأب أو كونه ليس من أهل الولاية؛ لسفه، أو جنون أو خبلٍ، والمراد به أب الأب لا أب الأم.

(**فإن لم يكونا**) أي: الأب والجد (**فالوصي المنصوب من جهتهما**) أي: من جهة الأب أو الجد عند عدمه.

ويشترط أن يكون الوصيُّ عادلاً، وهل يشترط ثبوت عدالة الأب والجد عند الحاكم لثبوت ولايتهما؟ وجهان: أطلقهما الأئمة بلا ترجيح. قال الجلالي وابن الرفعة: وينبغي أن يكون الراجح الاكتفاء بالعدالة الظاهرة، ولا يحتاج إلى الإثبات عند الحاكم[1].

(**ولا ولاية للأم على الأظهر**) من الوجهين؛ كما لا ولاية لها في التزويج والتّزوّج؛ إذ ليس المراد بالولاية هنا الحضانة ليكون لها حقٌّ، بل ولاية المال بالتصرفات له.

والثاني: لها الولاية بعد الأب والجد؛ لأن لها أهلية التصرف، ولا يقاس على ولاية النكاح، إذ ليس لها ولاية النكاح على نفسها؛ فكذا على غيرها، بخلاف ولاية المال؛ فلأن لها ولاية على مالها فكذا على مال من يليها، وهذا قريب من القطعيات.

(**فإن لم يكن**) وصيٌّ من جهتهما (**فالقاضي**) يلي أمره أو نائبه، فإن كان اليتيم وماله في ولاية قاض واحد فلا كلام، وإن كان اليتيم في ولاية قاض، وماله في ولاية آخر، فالّذي يقتضيه كلام المراوزة أنّ الولاية لمَن اليتيمُ في ولايته، وليس للقاضي الآخر منعه من التصرُّف في ماله، ووجهه أنّ المال تبعٌ لمالكه.

---

(١) ينظر: كفاية النبيه (١٥/ ٢٩٤)، وشرح المنهاج للمحلي بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣٨).

والّذي نقله المصنف عن الإمام والغزالي وأقرّه: أنَّ ولاية المال لقاضي بلد المال[١]، كما أنّ عليه تعهدَّه وحفظه.

(**ويتصرف الولي له**) أيَّ وليٍّ كان؟ (**على وجه المصلحة**) فلا يخلّي نقوده تأكله الزكاة، بل يشتري بها عقاراً يستغل منه، وهو أولى من التجارة؛ لسلامته عن خطر الحوادث، ويبيع ما لا يبقى إلى بلوغه ولم يحتج إليه للنفقة والكسوة بما يبقى من جنس الحديد أو النحاس. (**ويبنى له الدور بالطّين والآجرّ**) - بفتح الألف وضم الجيم وتشديد الراء دون اللَّبِن بفتح اللام وكسر الباء.

اعلم أنّ المصبوب في القالب من الطين للعمارة يسمّى طوباً؛ فالآجرُ: الطّوب المشويُّ، واللَّبِنُ: الطوب النَّيّء. -

(**والجصّ**) أراد به النُّورة أيضاً، وذلك؛ لأنّ الآجرّ وإن كثرت مؤنته لكن يبقى في العمارة كثيراً، والطّين قليل المؤنة ممكن الاستعمال بعد النقض، واللَّبِن قليل المكث، والجصُّ كثير المؤنة ممتنع الاستعمال بعد الخراب إلاّ بمعالجات كثيرة.

وهذا في ما إذا لم يكن الأحجار ممّا يقوم مقام الآجرّ، وإلاّ فيجب الاقتصار على الطين والحجارة، ونقل الرَّوياني عن بعض أصحابنا أنَّ المتبع في ذلك عادة البلد، وهو الأصوب[٢].

(**ولا يبيع**) الولي (**عقاره**) من الأراضي والأبنية والأشجار؛ لأنّها لا يتسارع إليها الفساد؛ فيبقى إلى بلوغه فشأنه بها (**إلاّ لحاجة**) وهي أن لا تفيَ غلتها بنفقته وكسوته، فيباع منه ما يفي بهما؛ صوناً لروحه عن التلف، وتسمّى هذا حاجة الضرورة.

ومن الحاجة ما ذكر الأئمة ما لو كان عقاره في غير بلده، ويحتاج في الاستغلال منه إلى كثير مؤنة فيبيع الولي العقار بتلك البلد، ويشتري بثمنه ببلد اليتيم مثله، وتسمّى هذه حاجة الإرفاق.

---

(١) الذي في الشرح الكبير في مسألة الحجر الإطلاقُ دون التطرق إلى قاضي بلد المال. ينظر: العزيز (٥/ ٨٠)، ولم أعثر على هذا النقل عن الإمام والغزالي.

(٢) المصدر السابق.

ولـو كان لـه عقـار وتعـذر الوصـول إليـه والاسـتغلال منـه ولا يجـد مـن يسـتقرض منـه كفايـة النفقـة أو يجد ولكـن المصلحـة في تـرك القـرض؛ فيبيعـه مـن القسـم الـضروريّ، ولهـذا لـه أن يبيـع بـدون ثمـن المثـل وفاقـاً.

(أو غبطـة ظاهـرة) لا يخفـى عـلى أحـدٍ ربحهـا، بـأن طلـب ابتياعـه راغـبٌ [بأكثـر] مـن ثمـن المثـل، بـشرط أن يوجـد مثلـه ببعـض مـا باعـه بـه، أو عقـاراً آخـر أكثـر منـه قيمتـه، فـإن لم يجـد أحـد الطريقـين فـلا يبيـع، وإن طلـب الراغـب بثلثـي ثمنـه؛ لأنّ العقـار أبقـى وأبعـد مـن التلـف.

(ولـه) أي: للـولي **(بيـع مالـه نسـيئة)** إذا زاد الثمـن عـلى مـا تبـاع بـه حـالاً، صرَّح به الجلاليّ [(١)]، **(و)**يبيعـه **(بالعـرض عند المصلحة)** قيـدٌ لهما:

أمّا المصلحة في النَّسيئة هي: أنَّ الزّمان زمان النَّهب [(٢)] والهرج [(٣)] فيستبقى له بذلك.

وأمـا المصلحـة في العـرض: إمـا ظهـور الغبطـة، أو كونـه عقـاراً ثقيـل الخـراج أو وشـيك الخـراب، أو كان السـلطان جائـراً يطلـب فـوق الخـراج، أو قـصرت غلّتـه عـن الكفايـة ولم يجـد مـن يشـتري بالتِّبريـن، أو يجـد لكـن المصلحـة في تركـه كخـوف الـزكاة ونحـوه.

(وإذا بـاع نسـيئة أشـهد عليـه) أي: عـلى بيعـه نسـيئة، ليكـون الشـاهد حجـة لـو أنكـر وادعـى المشـتري أنـه ملكـه **(وارتهـن بـه)** وجوبـاً فيهـما؛ أداءً لحـق الاحتيـاط؛ فإنـه تـصرَّف في مـال الغـير. وليكـن المرهـون [بهـا] وافيـاً بثمنـه.

وإن لم يشـهد ولم يرتهـن دخـل في ضمانـه، ولم يفسـد العقـد عنـد الجمهـور عـلى المصنـف [(٤)]، ونقـل عـن الإمـام في صحـة البيـع وجهـين وصحَّـح الصحـة بـشرط كـون المشـتري مليئـاً، قـال المصنـف في الكبـير: ويشـبه أن يذهـب القائـل بصحـة البيـع، إلى أنّـه

---

(١) ينظر: شرح المنهاج للمحلي بحاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٣٨١).

(٢) النَّهب: الغنيمة، والجمع نِهابٌ ونُهوب. لسان العرب (١/ ٧٧٣). باللغة الكردية: "تالان".

(٣) الهرج: الاختلاط، هرج الناس يهرجون، بالكسر، هرجاً من الاختلاط أي اختلطوا .. والهرج: الفتنة في آخر الزمان، وشدّة القتل وكثرته. لسان العرب (٢/ ٣٨٩). باللغة الكردية: "ئاذاوة".

(٤) ينظر: العزيز (٥/ ٨١).

لا يدخل في ضمانه، اعتماداً على ذمة المليء، وسكت عليه النووي[١].

(ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة): فإن كان المصلحة في الترك: بأن لا يحتاج إلى ذلك الشَّقص والشَّريك الثاني أحسن معاشرة وأليق مجاورة، أو كان الشريك الثاني عسير المعاشرة كثير الأذى سوء الجوار، أخذ لزوماً لما هو حظٌّ.

وإن استوى الأمران أو جهل بالتفاوت فهل يجب الأخذ أو يجوز، أم يمتنع؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: الوجوب؛ لأنَّ الظاهر في دفع المزاحمة النفعُ، والضَّررُ احتمالٌ عقليٌّ.

والثاني: الامتناع؛ لعدم العلم بوجه المصلحة، وهو محتاط، فلا بدّ من ظهور المصلحة.

والثالث: الجواز؛ لتعارض المعنيين.

قال ابن الرفعة: إنّ في كلام الشافعيّ ما يدلُّ على الأوّل[٢].

ولو باع ماله الأبُ أو الجدُّ من نفسه نسيئةً فلا يجب الرهن والإشهاد؛ لأنه أمينٌ مصدّق بيمينه (ويخرج) الولي (من ماله الزكاةَ) ويقوم نية الولي مقام نيته.

(وينفق عليه بالمعروف) على وفق عادة البلد، ويبسط له أحياناً، وكذا ينفق على زوجته وأولاده ومن يُلزم نفقته من أصول المحتاج وفروعه. ثم إن كان الولي هو المحتاجَ فيأخذ كفاية من ماله؛ لأنّ السفه لا يبطل حقوق الله ولا حقوق العباد،[وغايتُه سلبُ أهلية التَّصرف].

(وإذا ادَّعى بعد البلوغ على الأب أو الجدّ بيعَ ماله من غير مصلحة) ولا حاجةٍ وأنكرا ذلك ولم تكن ثمة [أمارة]الصدق دعواه (فهما المصدَّقان باليمين)؛ لأنَّهما لوفور شفقتهما وكمال رأفتهما لا يتهمان بما يضرُّه (وعليه البينة) فإن أقام البينة، فإن كان المبيع باقياً استردّ، وضمِن الولي ثمنه إن تلف، ولا يرجع به على الصبي.

وإن كان تالفاً فيضمنه بالمثل أو القيمة للطِّفل، ولا يضمن الثمن للمشتري.

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٥/ ٤٦٠)، و العزيز ط العلمية (٥/ ٨١)، وروضة الطالبين (٢/ ٢٥٦).

(٢) لم نجد هذا في كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٠/ ١٨) فلعله في مؤلفاته الأخرى.

ولو كانت المسألة بحالها، وثمة أمارات تدل على صدق الصبيّ بأن كان المبيع عقاراً خفيف الخراج، وكان الصبيّ مكتفياً بغلته أو بسائر الأموال؛ فالمصدق الصبيّ بعد البلوغ؛ لأنَّ قوله يوافق الظاهر، وقولُ الولي يخالفه.

(وإذا ادّعى بعد) البلوغ **(على الوصيّ)** من جهة الأب أو الجد **(أو الأمين)** المنصوب من جهة القاضي، أو الأمين الضروريّ، وهو: أنه إذا مات واحد وخلّف أولاداً صغاراً ولم يكن ثمة أحدٌ من عصبات الميِّت ولا وصيٌّ وليس هناك قاض ولا نائبُه فعلى آحاد المسلمين حفظُ مالهم، والتصرفُ فيه بحسب المصلحة والحاجة؛ لأنَّ ذلك من فروض الكفايات، فأيُّ مسلمٍ عدلٍ قام بها فهو أمينُ ضرورة **(فهو المصدق باليمين، وعليهما البيّنة)**؛ لأنهما متهمان، وكان من الواجب عليهما الإشهاد على البيع وإعلامُ القاضي به.

ونقل المصنف وجهاً في غير العقار: أنَّهما[هما]المصدقان[1]؛ لأن الإشهاد في كلّ قليلٍ وكثيرٍ عسيرٌ، بخلاف العقار، ومنهم من أطلق الخلاف ولم يفرِّق بين الوصيّ والأمين، ولا بين العقار والمنقول.

ودعواه على المشتري من الوليّ كدعواه على الوليّ. والله أعلم.

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٨١). تم بفضل الله تعالى تحقيق كتاب الحجر من الوضوح، والتعليق عليه مع الإفادة من تحقيق الدكتور كامل الشهربازاري. ويليه بإذن الله تعالى تحقيق كتاب الصلح والتعليق عليه.



كتاب الصلح[1]

الحمدلله وحده والصلاة على من لانبيّ بعده وعلى آله صحبه ومن اتبعه.

[هو] الائتلافُ والموافقةُ وقطعُ النزاع لغةً، وفي الشرع: عبارةٌ عن عقدٍ يُقطع به خصومة المتخاصمين[2]، وهو[عقدٌ]جائزٌ بالإجماع والكتاب والسنة[3]:

أمّا الإجماع؛ فلأنّ فرق الإسلام متفقةٌ على جوازها، وأمّا الكتاب؛ فقد قال الله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌۗ ﴾ (النساء: ١٢٨)[4]. وأما السنة[5]؛ فعن رسول الله ﷺ: «الصُّلحُ جَائِزٌ بَينَ المُسلِمِينَ» أي: ثابت ونافذ، وهو

(١) ينتهي كتاب الحجر ويبدأ كتاب الصلح من الوضوح في مخطوطة مكتبة الحاج خالص في أربيل المرقمة (٢٨٣) من اللوحة (٦٤٠٠٠و)، وفي (٢٧٢٦) من اللوحة (٥٦و)، وفي (٣١٧٢) من اللوحة (٤٧٤٠٠٠) وفي مخطوطة مكتبة بيارة ٦٥٦ من اللوحة (٢٦٩و) وفي مخطوطة مكتبة الخال من اللوحة (١١٩) إلى اللوحة (١٢٨)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات من اللوحة (٦٦٤٢٩) ظ، وتنتهي في اللوحة (٦٤٣٤).

(٢) ينظر: العزيز (٥/ ٨٤).

(٣) السنة في اللغة: الطريقة، وفي الاصطلاح: هي قول النبيّ محمّدﷺ وفعلُهُ وتقريره، ينظر: إرشاد الفحول (١/ ٩٥).

(٤) وتمام الآية: ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌۗ وَأُحْضِرَتِ ٱلْأَنفُسُ ٱلشُّحَّۚ وَإِن تُحْسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ (النساء: ١٢٨).

(٥) والحديث المروي عن النبي ﷺ مرفوعاً من حديث أبي هريرة وعمرو بن عوف وموقوفاً على عمر، والأثر الذي جاء عن عمر أنه قال: «رُدُّوا الخُصُومَ حَتَّى يَصطَلِحُوا؛ فإن فَصلَ القَضَاءِ يُحدِثُ بَينَ القَومِ الضَّغَائِنَ» ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٠٩)، رقم (١١٣٦٠)، وبمعناه (٦/ ١٠٩) رقم (١١٣٦١).

خبر[1] في معنى الأمر[2] أي: إذا وقع صلح بين المؤمنين فأجيزوه.

[ولا يعتبر] مفهومه؛[3] لوقوعه على الغالب أو على سبيل التغليب[4]، فلا ينافى جوازه بين الكافرين من أهل الذمة والمعاهدين[5] **(إلاّ ما أَحَلَّ حَرَامًا)** أي: ما يجعل وسيلة إلى تحليل الحرام كالصلح علىَ الإنكار، أو جعل عوض الصلح ما لا ينتفع به شرعاً كالخمر والخنزير- **(أو حَرَّمَ حَلاَلاً)**[6] أى: جعل وسيلة [لتحريم] الحلال: بأن شرِط في المصالح عليه أن لا يتصرف فيه المدعى عليه، أو كان[المصالح عليه]جارية فشرِط أن لا يطأها.

والتمثيلُ بتحليل إتيان الدبر للزوج وتحريم إتيان القبل للمرأة مما لا ينبغي أن يقال؛ لأنّ البضع بمعزلٍ عن أن يحلّ بالمعاوضة فلا يتناوله اللفظ ليحتاج إلى الاستثناء[7].

***

أنواع الصلح

(الصلح نوعان[8]: أحدهما مايجرى بين المتداعين) أي: المدعي والمدعَى عليه

---

(١) الخبر هنا مقابل الإنشاء.

(٢) الأمر في اللغة: ضدّ النهى، وفي الاصطلاح، طلب أداء من فعل أو امتناع على وجه الحتم والإلزام. ينظر: والبحر المحيط فى اصول الفقه (٢/ ٢٤٥ -٢٤٦).

(٣) المفهوم هنا مقابل المنطوق، والمراد هنا مفهوم المخالفة، أي: ليس المراد من الحديث أن الصلح بين غير المسلمين غير جائز. ينظر: إرشاد الفحول (٢/ ٣٦)، والبرهان فى أصول الفقه لإمام الحرمين-:دار الكتب العلمية بيروت. لبنان ط اولى ١٤١٨ه ١٩٩٧م).

(٤) التغليب: هو ترجيح أحد المعلومين على الأخر وإطلاقه عليه. ينظر: التعريفات (٤١).

(٥) المعاهدين جمع معاهِد: وهو من أبرم معه أو مع دولته معاهدة صلح أو معاهدة عدم اعتداء. ينظر: معجم لغة الفقهاء (٤٢٨).

(٦) صحيح ابن حبان - محققا (١١/ ٤٨٨)، رقم (٥٠٩١)، ،وسنن أبي داود، رقم (٣٥٩٤)، ومسند أحمد، رقم (٨٧٨٤) وسنن الترمذي، رقم (١٣٥٢) من حديث عمر وبن عوف: وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. ولفظ الحديث: «الصلحُ جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحَلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً».

(٧) الاستثناء: هو اللفظ المخرج من متعدد لفظاً بالاّ واخواتها أو تقديراً. ينظر: التعريفات (١١٧).

(٨) هذا الذى ذكره من أن الصلح نوعان الخ هو مذهب الشافعية.

وقالت الحنفية والمالكية:: الصلح أنواع ثلاثة: الصُّلحِ عَلَى الإِقرَارِ وَعَلَى الإِنكَارِ وَعَلَى السُّكُوتِ: فالشافعية قالوا: إن الصلح على الإنكار لا يصحّ؛ لأنّه عاوضَ على مالم يثبت له فلم تصحّ المعاوضة. ينظر: بدائع الصنائع

(وهو قسمان)؛ لأنّ المدعى عليه أمّا أن يقرّ بما يدعى عليه أو ينكر، ولا ثالث.

[الصلح على الإقرار]

(أحدهما: الصلح على الاقرار) بأن ادّعى عليه مالاً فأقرّ بعد المنازعة والإنكار (فإن جرى) ذلك الصلح (على عينٍ[1] غير[العين]المدعاة) بأن كانت العينُ المدعاةُ داراً أو شقصاً من دار، أو فرساً مثلا فأقرَّ بها وصالح معه منها على ثوب أو عبد معين (فهو) أي: هذا الصلحُ (بيعٌ)؛ لأنّه تمليكُ عين بعين على التأبيد.

(وإن عقَد بلفظ الصلح) بأن قال: صالحتك من داري هذه على فرسك هذا أو ثوبك هذا، اعتباراً للمعنى[2] (يثبت فيه أحكامه) أي: أحكام البيع، والمبيع العين المدعاة، والثمن العين المصالح عليها، وذلك الأحكام: (كالردِّ بالعيب) بأن خرجت العين المدعاة معيباً فللمدّعى عليه ردة (والشفعةِ) بأن كانت المدّعاة شقصاً من عقارٍ فيأخذها الشريك من المدعى عليه ويعطى مثل العين المصالح عليها المدعيَ قهراً (وامتناعِ التصرف قبل القبض)؛ لعدم إتمام الملك (واشتراط التقابض في المجلس إن كان العوضان) أي: المصالَح عنه والمصالح عليه (متوافقَين في علة الربا): بأن كانا نقدين أو مطعومين[3]، ويشترط تساويهما في القدر إن كانا من جنس واحد.

ومن[أحكامه]التحالف عند الاختلاف في الأصل أو في القدر أو في الصفة.

(وإن جرى) الصلح (على منفعةٍ) بأن كانت المدعاة عيناً والمصالح عليه منفعة[4]

(٧/ ٤٦٦ -٤٦٧)، وبلغة السالك لأقرب المسالك في مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير/ الجزء الثالث-دار الكتب الوطنية/ ليبيا/ الطبعة الاولى سنة ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م)، والروض المربع بشرح زاد المستقنع للشيخ منصور البهوتي بتحقيق: خالد عبدالفتاح شبل- مؤسسة الكتب الثقافية/ ط الاولى (١٤٢٣هـ. ٢٠٠٢م) بيروت/ لبنان: (٢٦٢٠٢٦٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٣/ ٣٠٩).

(١) سيأتي من الشارح معنيان للعين وتعيين المراد هنا منهما.

(٢) يقصد بالمعنى هنا علة الحكم أو الحكمة من تشريعه. المحقق.

(٣) النقد جمعه النقود: وهو الذهب والفضة، والمطعوم اسم مفعول من الطعام، وهو: كلّ مايؤكَلُ وبه قوام البدن وكل مايتخذ منه القوت من الحنطة والشعير والتمر، ينظر: قضايا فقهية معاصرة/ نزيه حماد (٥٥)، والقاموس (١٠٢٢)، والمعجم الوسيط (٥٥٧).

(٤) المنفعة: جمعها منافع والمرادبها عند الفقهاء: الفائدة العرضية التى تستفاد من الاعيان بطريق استعمالها كسكنى

من سكنى دار أو ركوب دابته مدة معينة (**فهو**) أي: هذا الصلح على المنفعة (**إجارة**)؛ لأنه تمليك منفعة بعين، فالعين المدعاة أجرة ،والدار التى صالح على منفعتها مستأجر (**تثبت فيه أحكام الإجارة**)[1] من كون المدة معلومة متصلة بالعقد، وكون المنفعة متقومة مقدورة التسليم بتسليَم عينها.

(**وإن جرى على بعض العين المدعاة**) بأن كانت المدعاة داراً فصالح على بعضٍ منها، أو أرضاً فصالح على شِقص منها (**فهو هبةُ بعضها**)[2] أي: المصالح عليه (**من صاحب اليد**)؛ لأنه تمليك عين بلا عوضٍ (**فيثبت فيه**) أي: ذلك الصلح (**أحكامُ الهبات**)[3] من القبول لفظاً، ومضيٍّ مدة إمكان المسير اليه، والإذن الجديد في القبض، ويصح بلفظ الهبة بأن يقول: وهبتُك البعضَ المتروكَ لك.

(**ولا يصحّ**) هذا الصلحُ (**بلفظ البيع**)؛ إذ حقيقةُ البيع تقابلُ عوض بعوضٍ، ولا عوضَ هنا.

(**والأظهرُ**) من الوجهين (**صحتُه بلفظ الصلح**) بأن يقول: صالحتُك من دارى هذا على نصفه أو ثلثه، وقال المدعى عليه: "قبلت"؛ لوجود خاصية الصلح وهي سبقُ الخصومة فيذكر ويراد به هبة البعض المتروك.

الدار و ركوب السيارة ولبس الثوب، وعمل العامل ونحو ذلك، وعرفها ابن عرفة المالكى باتها ما لا يمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيفت إليه. ينظر: قضايا فقهية معاصرة (٣٤)، والمختصر الفقهي، لمحمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (ت: ٨٠٣ هـ) المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير- مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة: الأولى (١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م)/ (٨/ ١٩٠).

(١) لأنّ حدّ الإجارة يصدق على ذلك، أمّا إذا صالح على منفعة العين المدعاة فإنها إعارة تثبت احكامها، فإن عين مدة فإعارة مؤقتة وإلا فمطلقة كأن قال المدعي: صالحتك من الدار التى أدعيها عليك على سكناها سنةً. ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٦٢).

(٢) لأنّ الإنسان لا يمنع من إسقاط بعض حقه، كما لا يمنع من استيفائه؛ لأنه ﷺ كلّم غرماء جابرٍ ليضعوا عنه، ومحل صحة ذلك أن لم يكن بلفظ الصلح، فإن وقع بلفظه لم يصح ؛ لأنه صالح عن بعض ماله ببعض فهو هضم للحق. ينظر: الروض المربع (٢٦٢).

(٣) أي: الأحكام المقررة في بابها من اشتراط القبول واشتراط القبض في لزومها وغيرهما لصدق حدّها على ذلك فتصحّ في البعض المتروك بلفظ الهبة والتمليك ونحوها. مغنى المحتاج (٣/ ١٦٢).

والثاني: لا يصحّ بلفظ الصلح؛ لأنّ الصلح يقتضي[1] المعاوضة عرفاً، ولا عوض للمتروك[2] هنا.

وبقي شيئان لم يذكرهما المصنّف: أحدهما: أنّه لو صالح من عينٍ على دين ذهب أو فضة فالظاهر أنّه بيعٌ، صرّح به الجلالي[3].

والثاني: أنّه لو صالح من عينٍ على عبد أو ثوب موصوف بصفة السلم في الذمة فهو سلم، [فيجرى]فيه احكام السلم. **قيل**: [إنما سكت] الشيخان عن ذلك؛ لظهوره.

(ولو قال من غير سبق خصومة[4]: **صالحني عن دارك هذا بكذا لم يصح)**[5] لا بيعاً ولا صلحا **(على أظهر الوجهين)**؛ لأنّ لفظ الصلح لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة، إلا إذا نوى به البيع وقلنا ينعقد البيع بالكنايات[6] فإنّه ينعقد بيعاً، كما لو عقد في هذه الصورة بلفظ البيع[7].

والثاني: [يمنع]أن لا يطلق لفظُ الصلح إلا بعد الخصومة، ويقول بصحة الصلح[8].

---

(١) المعاوضة أن يعترف له بعينٍ في يده أو دينٍ في ذمته ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به. المغني (٤/ ٥٣٤).

(٢) وهو قول الحنابلة أيضاً حيث قالوا: إن المدعى عليه إذا اعترف بشيءٍ وقضاه من جنسه فهو وفاء، وإن قضاه من غير جنسه فهي معاوضة، وإن ابرأه من بعضه إختياراً منه واستوفى الباقي فهو إبراء، وإن وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة: فلا يسمى ذلك صلحاً ونحو ذلك يه. ينظر: المغنى (٤/ ٥٣٣-٥٣٤)، و الكافى لأبى محمد ابن قدامة المقدسى، تخريج الشيخ سليم يوسف ط اولى ١٤١٩هـ-١٩٩٨م - دار الفكر بيروت لبنان(٢/ ١٥٠)

(٣) ينظر: حاشيتا قليوبى وعميره على كنز الراغبين (٢/ ٣٨٢).

(٤) الخصومة والعداوة متقاربتان. معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي للدكتور أحمد مختار عمر بمساعدة فريق عمل - عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م): (١/ ٦٣٧).

(٥) لأنّ شرط الصلح بلفظه سبق خصومة أي: دعوى. البجيرمى على شرح المنهج (٣/ ٣).

(٦) الكنايات جمع كناية وهى لغة: أن تتكلم بالشئ وتريد غيره، واصطلاحاً: ان تطلق اللفظ وتريد لازم معناه مع قرينة لا تمنع من ارادة المعنى الحقيقى. ينظر المصباح المنير (٣٢٢)، وشرح المختصر لسعدالدين التفتازاني (٢/ ١٢٣) انتشارات: كتبى نجفى مط: الغدير - قم. ايران.

(٧) ينظر: العزيز (٥/ ٨٧)، وروضة الطالبين (٣/ ٤٨٣).

(٨) أي: لأنّه معاوضة يشترط فيه ذلك قياساً على البيع، ومحل الخلاف عند عدم النية فأما إذا استعملاه ونويا البيع فإنّه يكون كناية بلاشك كما قاله الشيخان وإن ردّه في المطلب. ينظر مغنى المحتاج (٣/ ١٦٣).

(ولو صالح من دين) أي: غير دين السلم؛ إذ دينُ السلم لا يجوز الاستبدال عنه[١] بالاتفاق[٢] **(على عين)**

هذا قسيم قوله: "**وإن جرى على منفعة**"، وأراد بالعين مايقابل المنفعة، وهي شاملة للعين المعاين والدين، فيجوز تقسيمه إلى المعايَن والدين؛ لشمول العين المقابلة للمنفعة إياهما، فلا ينافى لفظ العين تفصيله الآتى، وليس في العبارة سهو كما وهم. والتوضيح أن العين عند الفقهاء يستعمل بمعنيين: **أحدهما**: مايقابل المنفعة فيقال: هذا عين، أي: ليس بمنفعة، فهذه شاملة للعين الحاضرة والدين فى الذمة؛ إذ هو أيضاً ليس بمنفعةٍ.

والثانى: ما يقابل الدين، فيقال: " هذا عين " أي: ليس بدين، وهذه لا تشمل إلا العين الحاضرة، فكأنه قال: ولو صالح من دين على غير منفعةٍ- هذا- صحّ؛ إذ لا مانع على أيٍّ وجهٍ يفرض.

[**(ثمّ إن كانا)** أى:] الدينُ المصالح عنه والعينُ المصالح عليها **(متوافقَين في علة الربا)** كالذهب والفضة، والحنطة والشعير **(فلا بدّ من قبض[٣] العوض في المجلس)**[٤] حذراً عن ربا النسيئة[٥].

(وإلا) أي: وإن لم يتوافق الدينُ المصالح عنه والعينُ المصالح عليه في علة الربا كالصلح عن الذهب على الثوب أو الحنطة **(فإن كان العوض)**[٦] المصالح عليه **(عيناً)** أي: حاضراً مرئيّاً- أراد به ما يقابل الدين- أي: حالّاً -**(فلا يشترط القبض في المجلس**

---

(١) الاستبدال في اللغة: المبادلة، وفي الاصطلاح: تنحية الأوّل وجعل الثانى مكانه. المصباح المنير (٢٩)، والمعجم الوسيط (١/ ٤٥).

(٢) أي: منا ومن الحنفية.

(٣) القبض لغة: هو تناول الشئ بجمع الكفّ، واصطلاحاً: القبض عبارة: عن حيازة الشئ والتمكن منه سواء أكان يمكن تناوله باليد أم لم يكن؟ ينظر: قضايا فقهية معاصرة (٧٥)، والصحاح (٣/ ١١٠٠)،.

(٤) أي: مجلس العقد: وهو مكان البيع. ينظر: اللباب (١/ ١٨٦ -١٨٧).

(٥) زاد الشافعية قسماً ثالثاً: فصار كما يلى: ١-ربا الفضل: وهو البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر. ٢-ربا النساء أو النسيئة: وهو البيع لأجل أو تأخير أحد العوضين عن الآخر. ٣-ربا اليد: وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما.

(٦) العوض: البدل والخَلَفُ جمعه: أعواضُ. المعجم الوسيط (/ ٦٣٨)، ومختار الصحاح (٤٦٢).

في أصحّ الوجهين)[١]؛ قياساً على ما لو باع ثوباً معيناً بدراهم في الذمة لا يشترط قبض الثوب في المجلس، أي: مجلس العقد، ولا خلاف في أنّه لا يشترط في مجلس التواجب[٢].

والثاني: يشترط القبض في المجلس؛ لأنّ المصالح عنه دين فيشترط قبض المصالح عليه في المجلس؛ حذراً عن بيع الكالئ[٣]

بالكالئ[٤]؛ لأنّ صلح المعاوضة نوع من البيع كالسلم[٥]؛ فإنّه يشترط قبض رأس المال فيه[٦].

(وإن كان العين) المصالح عليه (ديناً) أي: ليس بحالٍّ، فالعين المقسَم ما يقابل المنفعة فيتناول العين الحالَّ والدين المؤجل؛ لأنّه عينٌ بهذا المعنى، والعين المقسَم عليه ما يقابل الدين، فليس من تقسيم شيءٍ على نفسه وغيره (فلا بدّ تعيينه) أي: تعيين ذلك العوض الذى هو دينٌ (في المجلس)؛ لئلا يكون من بيع الدين من غير مَن عليه الدين.

(وفي) وجوب (قبضه) في المجلس (هذان الوجهان) الأصح عدم الاشتراط، وتعليلُ الوجهين قد مرّ.

ولو صالح من دينٍ على منفعة كسكنى دار أو ركوب دابة مدة معينة، ويقبض بقبض العين المستوفاة منها، وفي اشتراط قبض تلك العين في المجلس الخلاف.

---

(١) العزيز (٥/ ٨٨)، ومغنى المحتاج (٣/ ١٦٣).

(٢) تواجب القوم أي: تراهنوا، فكأنّ بعضهم أوجب على بعضٍ شيئاً. القاموس (١٣٠).

(٣) عن ابن عمر: «أن النبيَّ عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»، يقال: كلأ الدَّين كلؤ، إذا تأخَّر، فهو كالئ، معناه: بيع النسيئة بالنسيئة. شرح مصابيح السنة للإمام البغوي، لمحمَّدُ بنُ عزِّ الدِّينِ عبدِ اللطيف بنِ عبد العزيز بن أمين الدِّين بنِ فِرِشتَا، الرُّوميُّ الكَرمانيّ، الحنفيُّ، المشهور بـ ابن المَلَك (المتوفى: ٨٥٤ هـ) تحقيق ودراسة: لجنة مختصة من المحققين بإشراف: نور الدين طالب، الطبعة: الأولى (١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م)- إدارة الثقافة الإسلامية (٣/ ٤٢٩).

(٤) وهو بيع منهيّ عنه وباطل لعدم القدرة على تسليم المبيع. الفقه الاسلامى وأدلته لوهبة الزحيلى- دار الفكر دمشق الطبعة الثامنة (٥/ ٣٤٠٤).

(٥) ينظر: المغنى لابن قدامة (٤/ ٥٣٤)، والفقه المنهجى (٣/ ١٥٤).

(٦) وهورأى المالكية والحنابلة والحنفية أيضاً رحِمهم الله.. ينظر: بلغة السالك لاقرب المسالك في الفقه المالكى: (٣/ ٣١٥) والمغنى لابن قدامة (ج٤/ والمبسوط للشيخ احمد السرخسى (٧/ ١٦٤).

[الصلح من الدَّين على بعضه]

(ولو صالح من دينٍ على بعضه) بأن كان له على إنسان عشرون فصالح على خمسة، أي: تركها لمن عليه (فهو) أي: هذا الصلح (إبراء)[1] عن البعض المتروك، فلا يشترط القبول ولا القبض في مجلس الإبَراء.

وهل يردُّ بردّ المبرأ عنه؟ فيه خلاف، فالصّحيح عدمُ الرد[2].

(ويصحّ) ذلك الصلح (بلفظ الإبراء)[3]بأن قال: أبرأتُك عن خمسة من عشرين

---

(١) وهذا الصلح يسمىّ بصلح الحطيطة وهى أن نختصم مع المدين وهو مقرّ بالدين ثم يتصالحان على أن يحط عنه قسماً معيناً منه.

ويشترط أن تتحقق فيه شروط الإبراء وهي ستة: ١- أن يكون المبرئ من أهل التبرع فيما أبرأ منه، فلا يصحّ من الولى عن الصبىّ.

٢- أن يكون المبرئ عالماً بالمبرأ، فإن جهل به بطل وإن علم المديون، ولو قال للمغتاب: اغتبتك فاجعلنى في حل ففعل ولم يدر بما اغتابه، اولك عندى دين فبرئتنى منه فابرأه ولم يدر مقداره لم يبرأ، ولو قال: ابرأتك عن الدارهم التى عليك ولا يعرف القدر برئ من ثلاثة.

٣- أن يكون المبرأ ديناً، فلو ادّعى داراً أو شيئاً أخر ثم قال: أبرأتك من هذه الدار أو تبرأت أو برئت عن هذه العين لم يبرأ.

٤- أن لا يكون الإبراء معلقاً فلو قال: إذا جاء رأس الشهرفانت برئ لم يبرأ.

٥- أن لا يكون الإبراء مشروطاً بشرط، فلوقالت: إبرائك عن صداقى بشرط أن تطلقنى فطلقها لم يبرأ ويقع الطلاق.

٦- أن لا يكون الإبراء مؤقتاً فلو قال: أبرأتك إلى شهرٍ فإذا مضى فلم تبرأ بطل. ينظر: الأنوار (١/ ٢٩٣)، مط: محمد عبد العزيز ط. سنة (١٣١٧ هـ).

فهذا الصلح بشروطه المذكورة صلحٌ صحيح ويكون إبراء للمدين من بقية الدين؛ روى كعب بن مالك: **«أَنَّهُ تَقَاضَى ابنَ أَبِي حَدرَدٍ دَينًا كَانَ لَهُ عَلَيهِ فِي المَسجِدِ، فَارتَفَعَت أَصوَاتُهُمَا حَتَّى سَمِعَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ فِي بَيتِهِ، فَخَرَجَ إِلَيهِمَا حَتَّى كَشَفَ سِجفَ حُجرَتِهِ، فَنَادَى: «يَا كَعبُ» قَالَ: لَبَّيكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «ضَع مِن دَينِكَ هَذَا» وَأَومَأَ إِلَيهِ: أَيِ الشَّطرَ، قَالَ: لَقَد فَعَلتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «قُم فَاقضِهِ»**. ينظر: البخاري، رقم (٤٥٧)، وصحيح مسلم بشرح النووى، رقم (٢٠- (١٥٥٨).

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٤/ ٣٨٥).

(٣) وقد علم مما ذكرناه أن أقسام ما فيه الصلح ستة: أ-البيع. ب-الاجارة. ج-العارية. د-الهبة. هـ-السلم. و-الابراء، وبقيت أشياء أخر: منها: الخلع كصالحتك من كذا على أن تطلقنى طلقة، ومنها: المعاوضة من دم العمد كصالحتك من كذا على ماتستحقه علىّ من قصاص، ومنها: الجعالة كصالحتك من كذا على ردّ عبدى، ومنها: الفداء كقوله للحربى: صالحتك من كذا على اطلاق هذا الاسير، ومنها: الفسخ كأن صالح من المسلم فيه على رأس مال السلم، وكأنه تركها كغيره لأخذها مما ذكر. مغنى المحتاج (٣/ ١٦٥).

التى عليك وصالحتك عن الباقى **(والحطّ)** بأن قال: حططت خمسة من عشرين التى عليك وصالحتك عن الباقي **(وما في معناهما)** كأسقطت و عفوت وتجاوزت.

(وفي صحّته بلفظ الصلح) بأن قال: صالحتك عن عشرين التى عليك على خمسة عشر **(الخلاف المذكور في الصلح على بعض العين)**، والأظهر صحته بعين ما ذكرنا هناك.

وهل يشترط القبول؟ وجهان:

والصحيح: اشتراطه؛ لأنّ الصلح مبنىّ على رضاء[المتداعيين]، والعلم بالرضاء لا يكون إلا بالألفاظ كسائر العقود.

والثانى: لا يشترط القبول؛ نظراً إلى المعنى؛[1] لأنّ هذا الصلح في المعنى إبراءٌ، ولا يشترط القبول في الإبراء.

(ولا يصحُّ بلفظ البيع)؛ لانتفاء المعاوضة.

(ولو صالح من عشرة حالة على عشرة مؤجلة)[2] بأن قال: صالحتك عن العشرة التى لى عليك حالة على عشرة مؤجلة إلى شهر مثلاً **(أو بالعكس)** بأن قال: صالحتك عن العشرة التى يلزمك اداؤها عند رأس الشهر على أن تؤديها الآن **(لغا)**[3] الصلح وبقى كل على ما كان عليه من الحلول والأجل؛ لأنّ ذلك وعدٌ بإسقاط الأجل الكائن، أو إلحاق[4] أجل لم يكن في العقد ولا حريمه، والأجل لا يسقط ولا يلحق؛ صوناً للقواعد[5] الشرعية عن الاختلالِ ورفعِ الاعتماد عليها، لكن لو عجّل المدعَى عليه

---

(١) المعنى يراد به علة الحكم، ويراد به الحقيقة والمآل، والثاني هو المناسب هنا.

(٢) الدين الحال: ما يجب أداؤه عند طلب الدائن وتجوز المطالبة باداثه على الفور والمخاصمةُ فيه أمام القضاء. والدين المؤجل: ما لا يجبُ أداؤه قبل حلول أجله، ولا تصحّ المطالبة به إلا عند حلول الأجل. قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (١٩٠).

(٣) اللغو في اللغة يقال: لغى الشئُ: بَطَل، وفي الاصطلاح: هو ضمّ الكلام ما هو ساقط العبرة منه، وهو الذى لا معنى له في حق ثبوت الحكم. ينظر: المعجم الوسيط (٨٣١)، والتعريفات (١٠٧).

(٤) الإلحاق في الاصطلاح: جعل مثالٍ على مثالٍ أزيَدَ ليعامل معاملته. التعريفات (٢٥).

(٥) القاعدةفى اللغة: الأساس، وفى الاصطلاح: حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها لتعرف أحكامها منه. ينظر: التعريفات (٩٥)..

الدينَ المؤجَّلَ صَحّ الاداء[1] وسقط الأجل؛ لأنّ الأجل إنّما كان للإرفاق به والتوسيع، فإذا أسقط بنفسه فلا مؤاخذة عليه، كما لو أدّى زيادة على ما كان عليه.

(ولو صالح من عشرة حالّة على خمسة مؤجّلة) بأن قال: صالحتك من العشرة التي عليك حالةٌ على خمسة إلى شهر، أو أبرأتك عن خمسة من العشرة التي عليك حالةٌ وصالحتك على خمسة عند رأس الشهر برئ المدّعى عليه عن خمسة؛ لأنّه إبراء وإسقاط[2] فلا مانع منه فيصحّ **(وبقيت خمسةٌ على حلولها)** أي: تبقى كما كانت حالّةً؛ لأنّ الأجل لا يلحق، فالوعدُ به لاغٍ.

(ولو صالح من عشرة مؤجلة على خمسة حالّة) بأن قال: صالحتك من العشرة التي عليك أداؤها عند رأس الشهر على أن تؤدِّيَ خمسة الآن **(لغا الصلح)** أي: لا يحلُّ الأجل، ولا تسقط الخمسة، بل تبقى العشرة مؤجلة كما كانت؛ لأنّه ترك بعض الدين في مقابلة حلول الباقي، والباقي لا يحلُّ، فلا يصح الترك؛ إذا الترك إنّما هو متعلق بالحلول، فيبطل ببطلانه، مع أنّه لو حكم بالحلول لا يصحّ الترك أيضاً؛ لأنّ الصّفة لا تعتاض ولم يكن الترك مجّاناً ليصح.

[الصلح على الإنكار]

(القسم الثاني) من قسمي الصلح **(الصلح على الإنكار)** وهو أن يكون المدعَى

---

(١) الأداء في اللغة: القيام بالشئ وفي الاصطلاح: هو تسليم العين الثابت في الذمة بالسبب الموجب كالوقت للصلاة، والشهر للصوم إلى من يستحق ذلك الواجب، أو هو عبارة عن اثيان العبادة في الوقت المحدد له شرعاً. ينظر: التعريفات (١٥).

(٢) الصلح بلفظ الإبراء ونحوه لا يشترط فيه القبول ولكن يشترط فيه تحقيق شروط الإبراء، وهي:
١- أن يكون المبرئ من أهل التبرّع فيما أبرأ منه فلا يصحّ من الولى عن الصبيّ لأنّه ليس من أهل التبرع لماله. =
٢- أن يكون عالماً بما أبرأ منه، فلا يصح أن يقول: ابرأتك من جزء من الدين.
وكذلك لا يصح لو قال: من ربع الدين وهو يجهل قدره.
٣- أن يكون الإبراء عن دينٍ، فإذا كان الصلح عن عينٍ فلا يصح بلفظ الإبراء. ٤- أن لايكون معّلقاً على شرط ولا مؤقتاً بزمنٍ. ينظر: كتاب الأنوار لأعمال الأبرار مع بعض التصرفات (١/ ٢٩٣).

عليه[١] مُصِراً على إنكاره ولم تكن للمدّعِي بيّنة [٢]، وهو باطل [٣] إن جرى على غير العين المدّعى [٤]، بأن ادعى داراً فأنكر المدعى عليه وصالحا على ثوب، وذلك؛ لأنّه أمّا أن يكون صادقاً في إنكاره أو كاذباً، فإن كان الأوّل فقد استحلّ المدّعِي من المدّعَى عليه ماله[٥] الذى هو الثوب، وهو حرام.

وإن كان الثانى فقد استحل المدعى عليه من المدعي ماله الذي هو الدار وهو حرام، ففيه تحريم الحلال وتحليل الحرام فيتناوله استثناء الحديث[٦]، وهذا باتفاق منا[٧].

(وإن جرى على بعضه) أي: بعض المدّعى بأن قال المدعى عليه وهو منكر: صالحتك من الدار التى تدعيها على نصفها مثلاً **(فكذلك)** باطل على الوجه الذى رجحه الاكثرون بعين ما ذكر فيما إذا صالح على غير عين[٨] المدعى.

---

(١) المدّعى عليه هو: من وافق قوله الظاهر. ينظر: حاشة البجيرمى على شرح المنهج (٤/ ٣٩٣).

(٢) البيّنة في الاصطلاح: هم الشهود الذين شهدوا بالحق أمام القضاء. المعجم الوسيط (١/ ٨٠).

(٣) الباطل في اللغة: الذاهب ضياعاً، وفي الأصطلاح: الباطل: هو الذي لا يكون صحيحاً بأصله، وما لايعتدُّ به ولا يفيد شيئاً وماكان فائت المعنى من كلّ وجه مع وجود الصورة. ينظر: المصباح المنير (٣٦)، والمعجم الوسيط (٦١)، والتعريفات (٣٠).

(٤) (فائدة) يستثنى من بطلان الصلح على الإنكار مسائل:
١- اصطلاح الورثة فيما وقف بينهم إذا لم يبذل أحد عوضاً من خالص ملكه.
٢- رجل إذا أسلم على أكثر من اربع نسوة ومات قبل الاختيار، أو طلق إحدى زوجتيه ومات قبل البيان أو التعيين و وقف الميراث بينهن فاصطلحن.
٣- لو تداعيا وديعة عند رجل فقال: لا أعلم لأيكما هى، أو داراً في يدهما فأقام كلٌّ بيّنة ثم اصطلحا. ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٦٧).

(٥) المال في اللغة: يطلق على كلّ ما تملّكه الإنسان من الأشياء. الموافقات: لأبى إسحاق الشاطبىّ المالكى تحقيق: عبدالله درّاز مط: دار الكتب العلمية بيروت لبنان (٢/ ١٠).

(٦) أي: الحديث الذي مرّ ذكره في أول هذا الكتاب وهو قوله ﷺ **«الصلح جائز بين المسلمين إلا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»**.

(٧) أي: باتفاق جميع الشافعية تبعاً للإمام الشافعىّ رحمه الله تعالى.

(٨) أي: كما أن الصلح على الإنكار باطل عند الشافعية إن جرى على غير عين المدّعى فكذلك باطل عندهم إن جرى على بعض المدّعى؛ للإنكار ولفساد الصيغة باتحاد العوضين، فصور الإنكار أربعة:
١- أن يصالح منها على غير عين المدّعى. ٢- أن يصالح منها على بعض غير عين المدعى. ٣- أن يصالح منها على عين المدعىّ.
٤- أن يصالح منها على بعض عين المدعىّ، والصلح في كلها باطل كماذكر.
ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٤٣٤)، والمجموع (٣/ ٧٠)، والوسيط (٤/ ٤٧).

والثاني: يصحّ؛ لأنّ صلحَه على البعض مشعرٌ بالتوافق على استحقاق البعض، فهو كالصلح على الاقرار، كشريكٍ يقرّ بحصّة ما يختصّ به شريكُه من المشترك[1].

وان كان المدّعَى دَيناً وأنكر المدّعى عليه وتصالحا على بعضه نُظر، إن تصالحا على نصفه مثلاً في الذمة بأن قال: صالحتك عن الفٍ على خمسأة في الذمة فهو كما لو تصالحا على غير عين المدعاة، فلا يصحّ بالاتفاق[2].

وإن تصالحا عن ألف على خمسمأة معينةٍ فهو كما لو تصالحا على بعض العين المدّعاة ففيه الخلاف.[3]

(وقوله: "صالحنى عن الدار التى تدعيها" لا يكون إقراراً[4]على أصحّ الوجهين)؛ إذ ليس في ذلك ما يدل على الإقرار، بل الظاهر أنّه يريد بذلك قطعَ الخصومة لا غير[5].

والثاني: يكون اقراراً؛ لأنّ قوله: " صالحنى " متضمن للاعتراف بملكه، فهو كما قال: ملِّكنى بعضَ الدار التى تدَّعيها[6].

وإذا قلنا بالأول فالصلح بعد هذا الالتماس صلحٌ على الإنكار، ففيه التفصيل والخلاف[7].

(النوع الثانى من الصلح ما يجرى بين الأجنبيِّ وبين المدّعي في عين).

والمراد بالأجنبي من لم يكن مدّعىً عليه، وإن كان [أباه] أو ابنهُ.

فإن قال الأجنبيّ للمدّعي: إن المدعَى عليه وكّلنى في الصلح في هذه الدار التى[تدّعيها]عليه وهو مقرّ في الظاهر بأن يعرف كثيراً أنّه يقرّ بأن الدار الفلانى

(١) وهو قول الأئمّة الثلاثة غير الإمام الشافعى رحمه الله تعالى فإنّهم يقولون: إن الصلح على الإنكار صحيحُ سواء جرى على كلّ المدّعى أو بعضه. ينظر: شرح فتح القدير (٧/ ٣٧٦)، والمبسوط للسرخسى (٧/ ١٦٠)، وبلغة السالك (٣/ ١٤٥٧)، والمغنى (٤/ ٥٢٧)، و المهذب (١/ ٣٠٤).

(٢) أي: بلا خلافٍ على المذهب. ينظر: المجموع (١٣/ ٧١)، وتحفة المحتاج (٦/ ٥٣٠).

(٣) ينظر: مغنى المحتاج بشرح المنهاج للنووى (٣/ ١٦٢).

(٤) ينظر: مغنى المحتاج بشرح المنهاج للنووى تحقيق على محمد معوض (٣/ ١٦٧).

(٥) المجموع (١٣/ ٧٧)، والمهذب (١/ ١٠٩).

(٦) العزيز (٥/ ٩١).

(٧) الذي مر ذكره عند الكلام على الصلح على الإنكار.

لفلانٍ، أو غير مقرٍ في الظاهر إلا أن الأجنبيّ قال: (إنه) أي: المدّعى عليه (**أقرّ عندى**) لكن لا يُظهر إقراره؛ مخافة أن يُنتزع منه[١] (**ووكلنى**) في المصالحة معك وصدّقه المدّعي في دعوى الوكالة (**صحّ الصلح**)[٢]؛ لأنّ قول القائل: " أنا وكيل فلانٍ في بيع ماله أو الصلح مع فلانٍ أو غير ذلك " مقبولٌ إذا صدَّقه مَن يعاملُه أو يصالحُه، سواء قربت المسافة أو بعدت، ثم يصالح عن موكّله بها وكّله به كبعضِ المدّعَى أو عبدٍ من ماله أو عشرةٍ في ذمته، ويصير المدّعَى ملكاً للمدعى عليه كما في الوكالة في سائر المعاوضات[٣].

(**وإن صالح**) الأجنبيّ (**لنفسه والمدعى عليه مقرٌّ**) في الظاهر وكان المدّعَى عيناً (**صحّ**) الصلح للأجنبيّ (**فكأنه اشتراه**) من المدّعي.

هذا إذا صالح على غير العين المدعاة.[٤]

والتشبيه إنّما يصحّ لو صالح بغير لفظ الشري وقلنا بصحته، وإلا فحق العبارة أن يقول كما قال في الشرحين: " فهو كما لو اشتراه "، أي: من غير هذا الوجه[٥].

وبالجملة لو اقتصر على قوله: " صح **الصلح** " لكان أشمل؛ ليدخل ما إذا تصالحا على بعض المدّعى ولا يشترط في ذلك سبق خصومة؛ لترتُّب الصلح على دعوى وجواب،[فكأنه] بعد الخصومة.

وإن كان المدعى عليه منكراً في الظاهر وقال الأجنبيّ: " أنّه مبطل في إنكاره والدارُ دارُك " وصالح لنفسه على عبده المعين، أو على ألفٍ في الذمة ليأخذ من المدّعى عليه المنكر[٦] (**فهو**) أي: هذا الصلح (**كشري المغصوب، فيُنظر: أيقدر**) الأجنبيُّ (**على**

---

(١) انتزع الشيءَ: اقتلعه. و-استلبه و-للصيد سهماً: رماه به. ينظر: المعجم الوسيط (٩١٣).

(٢) الصحة في اللغة: البراءة من كل عيب أو ريب يقال: صحَّ المريض، وصح الخبر، وصحت الصلاة، وصحّ العقد: فهو صحيح، وفي الإصطلاح: كون الفعل بحيث يترتب عليه الأثر المطلوب منه شرعاً. ينظر: المعجم الوسيط (٥٠٧)، والتعريفات (٧٦).

(٣) المعاوضة في الاصطلاح: أن يعرف له بعينٍ في يده، أو دينٍ في ذمته ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به، ينظر: المغنى لابن قدامة (٤/ ٣٤)، - دار احياء التراث العربى بيروت لبنان.

(٤) ينظر: تحفة المحتاج بشرح المنهاج (٦/ ٥٣٥).

(٥) العزيز ط العلمية (٥/ ٩٣).

(٦) هذا مقابل لقوله السابق: والمدعى عليه مقرّ في الظاهر.

انتزاعه) أي: المدّعَى **(منه)** أي: من المدعَى عليه بالإثبات- وإقامةُ البينة إذ ذاك معتبرٌ في ذلك لا مجردّ التغلب- **(أم لا يقدر)** كذلك؟ فيصح عند القدرة دون العجز.

(ولو لم يقل الأجنبيّ: إنّه) أي: المدّعى عليه **(مبطلٌ في إنكاره لم يصح الصلح)** لا للأجنبيّ ولا للمدعى عليه: أمّا للأجنبيّ؛ فلأنه لم يعترف بالملك للمدّعى.

وأمّا للمدعىّ عليه؛ فلأنه صلح على الإنكار.

وإن لم يقل: " هو مبطل " لكن قال: " أنا أعلم أنك صادقٌ في دعواك " فهو كما لو قال: " هو مبطل في إقراره "؛ [لأنَّ] لازم صدق أحد المتكاذبين في شيء واحد كذبُ الآخر.

هذا كله فيما إذا كان المدعى عيناً[1].

فإن كان ديناً وقال الأجنبيّ للمدّعى: وكّلني المدعى عليه بمصالحتك على نصف المدعى لتترك نصفه له، أو على هذا الثوب من ماله ليكون كلّ المدّعى له فصالحه على ذلك صحّ للموكل؛ لأنّه إمّا بيع دينٍ ممن عليه الدين[2] أو إبراء عن بعض الدين، وكلاهما صحيحان[3].

ولو صالح الأجنبيُّ لنفسه بعين ماله أو بدين في ذمته فهو ابتياع دين من غير مَن عليه الدين، والصحيح البطلان على مامرّ في البيع، وقال النووي: الصحيح صحته؛ لاطّراد الناس على ذلك[4].

---

(١) الفرق بين العين والدين هنا: أن العين تملكُهُ وتمليكُهُ لا يمكن إلا بالإذن من مالكه ولا يجوز بغير الإذن، وإن الدين يمكن أداؤه وإبراؤه بغير إذن المديون وإن ذلك يجوز بغير إذنه. المحقق.

(٢) بيع الدين ممّن عليه الدين صحيح و يستدلّ له بحديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما وهو أنّه قال: «كُنتُ أَبِيعُ الإِبِلَ فِي البَقِيعِ فأبيع بالدنانير، وآخذ الدارهم، وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ، وَآخُذُ الدَّنَانِيرَ، فَأَتَيتُ النَّبِيَّ ﷺ وَهُوَ فِي بَيتِ حَفصَةَ، فَقُلتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَبِيعُ الإِبِلَ بِالبَقِيعِ، فَأَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ، وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ، وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ، وَآخُذُ الدَّنَانِيرَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: "لَا بأس إِذَا أَخَذتَهُمَا بِسِعرِ يَومِهِمَا فافترقتما وليس بينكما شيء"»، رواه الترمذي في سننه ت شاكر (٣/ ٥٣٥)، رقم (١٢٤٢)، قال الترمذي: هَذَا حَدِيثٌ لَا نَعرِفُهُ مَرفُوعًا إلا مِن حَدِيثِ سِمَاكِ بنِ حَربٍ، عَن سَعِيدِ بنِ جُبَيرٍ، عَن ابنِ عُمَرَ» وَرَوَى دَاوُدُ بنُ أَبِي هِندٍ هَذَا الحَدِيثَ، عَن سَعِيدِ بنِ جُبَيرٍ، عَن ابنِ عُمَرَ مَوقُوفًا وَالعَمَلُ عَلَى هَذَا عِندَ بَعضِ أَهلِ العِلمِ: أن لَا بأس أن يَقتَضِيَ الذَّهَبَ مِنَ الوَرِقِ، وَالوَرِقَ مِنَ الذَّهَبِ، وَهُوَ قَولُ أَحمَدَ، وَإِسحَاقَ، وَقَد كَرِهَ بَعضُ أَهلِ العِلمِ مِن أَصحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيرِهِم ذَلِكَ.

(٣) وصلح الإبراء عن بعض الدين يسمىّ بصلح الحطيطة وهي صحيحة بشروطها كما سبق.

(٤) ينظر: المجموع (٩/ ٣٣٢).

ولا فرق في جواز الصلح على بعض الدين بين أن يكون المدعى عليه مقرّاً أو منكراً، وبين أن يقول الأجنبيُّ: هو مبطل في إنكاره أو لم يقل.

والفرق أن تملك الأعيان وتمليكها لا يمكن إلا بالإذن، وأمّا الديون فيجوز أداؤها وإبراؤها بغير إذن المديون.

***

أحكام تتعلق بالطرق النافذة والشوارع

(فصلٌ: الطريق النافذ) أي: المنكشف الذى لا مانع فيه من المرور فيه من جدارٍ أو نحوه.

ويقال: "الشارع" إذا كان في البنيان، و " الجادة " إذا كان في الصحارى، والدرب يشملها.

(لا يتصرف فيه أحد بما يبطل المرور) أي: كمال المرور أو أصلها، والمعنى: لا يتصّرف بما يضرّ[1] المارّة؛ لأنّ فيه حق العامة من المرور فلا يجوز إبطاله ببعض حقوق الخاصة[2].

وقوله: " **(ولا يُشرع)** أي: لا يُخرج أحدٌ **(فيه جناحاً)** " مما يستغنى عنه بقوله: "بما يبطل المرور" إلا أنّه جعل كالتفسير ليترتب عليه الحكم الآتى بالتفصيل.

والجناح: ما يخرج من الجذوع عن طرق السطح إلى السكك[3].

وفسّر بعضُ الجناحَ بالروشن، وهو سهو ظاهر[4].

---

(١) أي: ضرراً دائماً لا يحتمل عادة فيجوز نحو عجن طين، ونقل حجارة ونحتها مدة العمارة إذا ترك من الطريق مقدار المرور ويجوز وقوف دابةٍ بقدر الحاجة، قال شيخنا: ومنه دواب المدرسين على أبواب المدارس ونحوها مدة التدريس، ونوزع فيه، وكلّ ذلك مشروط بسلامة العاقبة فيضمن ما تولد منه. ينظر: حاشية قليوبى على شرح جلال الدين على المنهاج للنووي (٢/ ٣٨٨).

(٢) لأنّ المنع من التصرف بما يبطل المرور عام يدخل تحته عدم شروع الجناح. المحقق.

(٣) الجناح مشتقٌ من: جَنَحَ يَجنَحُ بفتح النون أو بضمّها أي: مال، وهو الخارج من الخشب على الجدار. المجموع (١٣/ ٧٧).

(٤) لأنّ الروشن في اللغة: الكوّة وهى الثقب في الجدار، وقد اشار النووى في المجموع بالفرق بينهما فقال: فإنّه إذا اخرج جناحاً أو روشناً وهو نافذة تشبه الشرفة (أو البلكونة) إلى شارع نافذ الخ. ينظر: المجموع (١٣/ ٧٧).

(ولا يبنى أحد فيه ساباطاً)- هو سقف جدارين تحته طريق نافذ-[١] **(بها)** أي: بوجه **(يضر المارة)** جمع مارٍّ، قيد لكليهما حتى لو لم يكن إشراع الجناح مضرّاً بأن لا يحتكُّ به أحد لرفعته أو لتباعد أطراف السكة فلا بأس[٢].

(بل ينبغي أن يكون) أي: الساباط - قيد له اكتفاءً به عنهما، أو قيد كليهما كالأول- أي: كلُّ واحد من الجناح أو الساباط **(مرتفعاً)** بحيث يمرُّ المار تحته **(منتصباً)** أي: غير منحني القامة، ولا مططئِ الرأس[٣].

وهل يشترط أن لا يكون بحيث يظلم الطريق أو لايشترط فيه؟ قولان: **الأظهر منهما**: الاشتراط.

والثاني: لا يشترط؛ إذ يتسامح بذلك في الزقاق.[٤]

ومحل الخلاف: فيما إذا كان قليلاً، وضُبط بسبع خطوات[٥]، فإن كان فوق ذلك فلا خلاف في الاشتراط.

(وإن كان الموضع) الذي [بُني] فيه الساباط وشرع إليه الجناح **(موضعَ مرور الفرسان)** جمع فارس **(والقوافل)** جمع قافلة، وهي السيارة، اشتقاقه من القفول بمعنى الرجوع سمى بها السيارة تفاؤلاً[٦] **(فليتبه الارتفاعُ إلى أن يمرَّ الراكبُ تحته منتصباً بل المحمِلُ)**[٧] بفتح [الميم] الأولى وكسر الثانية: الهودج ذو الشقين **(مع أخشاب المِظلّة)** -بكسر

---

(١) المصباح المنير (١٦٠)، وحاشية البجيرمى على شرح المنهج (٣/ ٩).

(٢) ينظر: المجموع (٣/ ٧٨).

(٣) لأنّ ما يمنع ذلك إضرار حقيقى، ويشترط مع هذا أن يكون على رأسه الحمولة العالية كما قاله الماوردى، وأن لا يظلم الموضع كما اقتضاه كلام الشافعي ﷺ وأكثر الأصحاب، ولا عبرة بالإظلام الخفيف، ولو أحوج الإشراع إلى وضع الرمح على كتف الراكب بحيث لا يتأتى نصبه لم يضر؛ لأنّ وضعه على كتفه لاضرر فيه. ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٧٠).

(٤) ينظر: العزيز (٥/ ٩٧).

(٥) أي: قدِّرت مسافة التسامح بسبع خطوات. تحرير ألفاظ التنبيه (٧٧).

(٦) التفاؤل: مصدر تفاءل، والفأل: قولٌ أو فعلٌ يستبشر به. ينظر: معجم مقايس اللغة (٨٠٥)

(٧) والمحمل وزان مَجلِسٍ بفتح الميم وكسر اللام بمعنى: الهودج، ويجوز مِحمل وزان مِقوَدٍ، أي: بكسر الميم وفتح الواو وعلى هذا جاء في محمِلِ اللغتان فتح الميم الاولى وكسر الثانية، وكسر الميم الأولى وفتح الثانية. ينظر: المصباح المنير (٩٤).

الميم: ما يُظلُّ به من ثوب أو باريّة[١] فترسخ أخشاب شاخصة على البعير[٢] ويعلق بها مايستظلُّ به-؛ إذ قد يتفق مثلُ ذلك المرور فيؤدى إلى تخريب ذلك أوبطلانِ المرور[٣].

هذا فى حق المسلم.

وأمّا الذمي فقد قال صاحب الروضة: يمنع من إشراع الجناح في شارع المسلمين؛[٤] لأنّه كرفع بنائه على بناء المسلم أو أبلغ[٥].

(**ولا يجوز أن يصالح أحد عن إشراع الجناح**[٦] **على شىء**) لبيت المال أوغيره، سواء ضرّ المارّة أو لم يضرَّ، وسواء كان المصالح الإمام أو غيره؛ لأنّ ما لا يضر بالطريق فلا منع منه ويستحقه من أراد من غير عوضٍ كالمرور، وإنّ ما يضرُّ لا يجوز أخذ العوض عليه؛ لعدم انحصار المستحقين، مع أن الهواء لا يُعتاض، فلا يُفرد بالعقد.

وبعضهم قيّد قولهم: " لا يجوز أن يصالح عن إشراع الجناح الخ " بما إذا ضرّ بالمارّة[٧]، وهومن بعض الظن[٨].

(**ولا يجوز أن يبنى فيه دَكة**)[٩] بفتح الدال، هكذا ضبط، والمراد: ما يتخذ مرتفعاً عن

---

(١) البارية: البارياء، وهو الحصير وهو (فارسىّ معرب) ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٧٦).

(٢) البعير: ماصلح للركوب والحمل من الأبل، وذلك إذا استكمل اربع سنوات، ويقال للجمل والناقة بعير، ويقع فى اللغة على الذكر والانثى. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٦٣)، وتحرير ألفاظ التنبيه (١٠٣).

(٣) ينظر: المجموع (١٣/ ٨٠).

(٤) يؤخذ منه أنّه لا يمنع من الإشراع في محالهم وشوارعهم المختصة بهم في دار المسلمين كما في رفع البناء قاله ابن الرفعة. ينظر: حاشية البجيرمى على شرح المنهج (٣/ ١٠).

(٥) أي: بل أبلغ؛ لأنّ المرور لازمٌ للشارع ولا كذلك السكني ليست لازمة للبناء؛ إذ قد يبنيه ولا يسكن فيه. ينظر: الروضة (٣/ ٤٩٤)، ومغنى المحتاج (٣/ ١٧١)، وفقه السنة للسيد سابق (٣/ ١٠٦).

(٦) أو الساباط بعوض وإن صالح عليه الإمام، لأنّ الهواء لا يفرد بالعقد وإنّما يتبع القرار كالحمل من الأم. مغنى المحتاج (٣/ ١٧٢).

(٧) وهو قول ابن عقيل من المالكية قال: إن لم يكن فيه ضرر جاز باذن الإمام؛ لأنّه نائبهم فجرى إذنه مجرى إذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذٍ. ينظر: المغنى لابن قدامة (٤/ ٥٥١).

(٨) الظن: هوالاعتقاد الراجع مع احتمال النقيض ، والشارح يشير إلى ضعف رأيه، وإلى أن بعض الظن إثم.

(٩) الدكة هي: المسطبة العالية، والمراد هنا مطلق المسطبة ولو بفناء داره كما صرح به البندنيجي، لأنّ المارة قد تزدحم فتتعثربها، ولأنّ محلها يشتبه بالأملاك عند طول المدة. تحفة المحتاج (٦/ ٥٤٥).

الأرض، يقال لها في الشام: مسطبة[1]، وفي العراق: شاذروان، وفي لغة العجم: دكان[2] **(أو أن يغرس**[3] **فيه شجرةً)** وإن لم يكن [فيهما] ضررٌ في الحال **(في أقوى الوجهين)**؛ لئلا تنشعب الشجرة وتتوسع الدكة فيضرَّ بالمارّة، وربّما تزدحم المارّة فيصطكّون بهما.

والثاني: يجوز إذا لم يكن فيهما ضَررٌ في الحال كإشراع الجناح[4].

واجيب: بأن الجناح يشغل الهواء، فاذا لم يكن ضررٌ في الحال فلا يكون ابدا، والدكة والشجرة يشغلان المكان، والمزاحمة ممكنة دون الهواء.

ومنهم من اختار الجواز إذا كانت الدكة عند باب داره، وارتضاه السبكي وقال: لا يزال الناس يتخذون المساطب - أي: الدكاكين - على باب دورهم من غير نكير[5].

ثم محل الخلاف: في الطريق الواقع في البنيان أو في الشعب الضيق، أمّا الطرق في الصحاري والأماكن الواسعة فلا منع منها بل لو قيل باستحبابها لم يبعد.

(وأمّا غير النافذ كالسكة[6] **المنسدّة الأسفل)** - يسمون ما يسد من إحدى فتحتى السكة أسفلَها وإن كانت متصاعدة لأنّها إذا انسدّت صارت عديمة الاستعمال فصارت سُفلى في الرتبة - **(فلا يجوز إشراعُ الجناح اليها لغير أهل السكة)**؛ لعدم استحقاقهم فيها، وذلك بالاتّفاق[7] **(وكذا)** لا يجوز **(لأهلها)** عند الأكثرين إلا برضاء الباقين،

---

(١) المِسطَبَة بفتح الميم وكسرها جمعها مساطب، من معانيه الدكاكين يقعد عليها. القاموس (٩٠).

(٢) الدكّانِ كرمّانٍ: الحانوت جمعه: دكاكين، معرب. ينظر: القاموس (١٠٧٨).

(٣) غرس الشجر ونحوه- غرساً: أثبته في الأرض فهو مغروس وغريسٌ. المعجم الوسيط (٢/ ٦٤٩).

(٤) وهذا قول الحنفية والحنابلة وغيرهم. ينظر: المبسوط (٧/ ١٦٥)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٥٥١)، والتحفة (٦/ ٥٤٦).

(٥) ينظر: نهاية المحتاج (٤/ ٣٩٨)، ولا يضر عجن الطين في الطريق إذا بقى مقدار المرور للناس كما قاله العبادى، ومثله إلقاء الحجارة فيه للعمارة إذا تركت بقدر مدة نقلها، أو ربط الدواب فيه بقدر حاجة النزول والركوب، وأمّا ما يفعل الآن من ربط دواب العلافين في الشوارع للكراء فهذا لا يجوز، ويجب على ولى الأمر منعهم، وقد افتيت بذلك مراراً؛ لما في ذلك من الضرر، ولو رفع التراب من الشارع وضرب منه اللبن وغيره وباعه صح مع الكراهة كما في فتاوى القاضي. مغنى المحتاج (٣/ ١٧٣).

(٦) السكة: الطريق المستوي .... و- الزقاق. المصباح المنير (١٧٠). بالكردية: "كووضة"

(٧) أي: بلا خلاف عند العلماء وإن لم يضر بغير رضاهم، لأنه ملكهم فاشبه الإشراع إلى الدور، وقد مر أنه لا يجوز قطعاً سواء كان الإشراع بجناح أو بغيره. ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٧٣).

سواء كان الإشراع مما يُتضرر به أم لا ؛ لاختصاصهم بذلك[١].

والثاني: يجوز إذا لم يتضرر بغير رضاء الباقين؛ لأنّ كلاً منهم يرتفق بقرار السكة؛ فكذا يجوز بهوائها كما في الشارع[٢].

وعلى الوجهين يحرم الصلح على إشراع الجناح بمال كما ذكرنا[٣].

وعلى عبارة الكتاب مؤاخذةٌ من وجهين:

أحدهما: أنّ لفظ "الباقين" يشمل من سوى المُشرع من جميع أهل السكة، مع أنّ بعضهم لا يستحقون في جميعها فلا أثر لرضائهم فالأولى أن يقال: " إلا برضاء المستحقين "؛ ليخرج من ليس له استحقاق في بيت من شَرع الجناح.

والثاني: أن إطلاقه يقتضي الجواز إذا رضوا سواء كان بعوض أو بلا عوض، وليس كذلك، بل إنّما يجوز إذا رضوا مجّاناً لما ذكرنا[٤].

وقد يعذر عنه[٥] بأن المراد بالباقين: " من المستحقين "؛ لأنّ الباقي عن الشيء إنّما يقال لما دخل في ذلك الشيء، وما لا يدخل فيه فليس باقياً منه؛ لاستقلاله، وبأنّ المتبادر من الرضاء أن يكون مجّاناً؛ لأنّه الأصل.

(وأهل السكة الذين ينفذ) أي: يُشقُّ ويُفتح **(بابُ دورهم إليها، دون من يلاصقها)** أي: يتصل بها **(جداره بلا)** نفوذ **(باب)** فيها[٦].

---

(١) منهم القاضي أبو حامد وأبو الطيب الطبري: فإنّهم يقولون: أنّه لا يجوز الإشراع إلا برضاهم تضرروا أم لا؛ لأنّ السكة مخصوصة بهم فلا يتصرف دون رضاهم، وهذا كما أنّه لا يجوز إشراع الجناح إلى دار الغير بغير رضاه وإن لم يتضرر، ويحكى هذا عن ابى حنيفة رحمه الله. ينظر: المصدر السابق (٩٩).

(٢) وهو قول الشيخ أبى حامد ﷺ ومن تبعه. ينظر: العزيز (٥/ ٩٩).

(٣) وهو قوله: لأنّ ما لا يضر بالطريق فلا منع منه ويستحقه من أراد من غير عوضٍ كالمرور، وأن ما يضر لا يجوز إلخ....

(٤) وهو قوله: يحرم الصلح على إشراع الجناح بمال؛ لأنّ ما لا يضر بالطريق فلاَ منع منه ويستحقه من أراد من غير عوض كالمرور، وأن ما يضر لا يجوز أخذ العوض عليه لعدم انحصار المستحقين مع أن الهواء لا يعتاض فلا يفرد بالعقد. المُحقق

(٥) أي: يعذر عنه بعذرٍ ويلتمس له عذر.

(٦) لأنّهم المستحقون للانتفاع، فهم الملاك دون غيرهم ولو قال بدل هذه العبارة المذكورة: من له المرور فيه إلى ملكه، لكان أولى؛ ليشمل ما لو كان له فيه فرن صمون أو خبّاز، أو حانوت أوبئر اونحو ذلك لاستحقاقه الانتفاع. ينظر: مغني المحتاج (٣/ ١٧٣).

(وهل الاستحقاق في جميعها) أي: جميع السكة المنسدّة الأسفل **(لجميعهم)** أي: لجميع من نفذ دارُه فيها **(أم شركةُ كل واحد منهم يختص بها بين رأس السكة)** أي: جانبها المنفتح **(وبابِ داره؟ فيه وجهان: أظهرهما الثاني)**؛ لأنّه الموضع الذي لا بدَّ أن يتردّد فيه بالضرورة، ولاضرورة في غيره، ويتسامح لو وقع بحق الجوار؛ استحباباً لا استحقاقاً[1].

ووجه مقابله: الاستحقاق في الجميع للجميع؛ لأنّه كثيراً مايتردد جميعهم في جميعها لأخذ [النيران[2]] والعواري وطرح الاثقال عند الإدخال والإخراج، [والمنادمة][3] بعضهم بعضاً عند أبواب دارهم، واجتماع صبيانهم في ملعب وغير ذلك مما يرافق به[4].

(وليس لغير أهل السكة إحداثُ باب فيها للاستطراق) لأنّهم ليسوا بمستحقين فيها؛ فليس لهم الإضرار بالمستحقين، لكن لو أذنوا جاز الفتح، فلو رجعوا عن الإذن جاز بلا خلاف إذا كان قبل الفتح، وإذا كان بعده فالذي عليه الجمهور أنّ لهم ذلك إذا لم يكن بعوض[5].

والثاني: ليس لهم ذلك،[إلا أنه]لا يلزمه مجاناً، فيجوز لهم طلب العوض، ثم الفاتح مخير بين إعطاء العوض وسدِّ الباب.

(ولا منع من فتح الباب وتسميره) بحيث لا يمكن الدخول والخروج فيه[6] **(في أظهر الوجهين)**؛ لأنّه لا ضرر عليهم وإنّما تصرف في تخريب ملكه وإصلاحه وكان له ذلك في جميع جداره بل في جميع داره ففي بعضه أولى[7].

والثاني: ليس له ذلك؛ لأنّ ذلك ليس بتخريب وإصلاح، بل هو فتح باب يمكن

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ١٠٠)، ومغنى المحتاج (٣/ ١٧٤).

(٢) جمع نار. منه بهامش نسخة الخال اللوحة (١٢٣).

(٣) والمنادبة. نسخة. الخال اللوحة (١٢٣).

(٤) العارية: الأشياء التي يستعيرها الناس بعضهم من بعض. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (٢٠٩).

(٥) ولا غرم عليهم. ينظر: العزيز (٥/ ١٠١)، والبجيرمى على شرح المنهج (٣/ ١٢).

(٦) سَمَّرَ البَابَ: أَوثَقَهُ بِالمِسَارِ، المغرب في ترتيب المعرب (ص: ٢٣٥)، والمراد بتسميره جعل خشبة مسمرة غطاء له يفتحها احياناً ق ل .ينظر: حاشية البجيرمى على شرح المنهج (٣/ ١٢). والمعنى الأول أنسب هنا.

(٧) ينظر: البجيرمى على شرح المنهج (٣/ ١٢).

أن يستدل به على استحقاق الاستطراق، ولو لم يخطر بباله ذلك فلِمَ يباشر تعذيباً عبثاً دالاً على سخافة العقل؟[١].

قال النووي: والثاني أفقه، وفي بعض شروح المنهاج: أنّه الأصح[٢].

(ومن له باب وفتَح) أي: أراد أن يفتح فيها من الأوّل **(فللشركاء)** فيها **(منعه)** سواء سدَّ القديمَ أو لا؛ أخذاً من التفصيل الآتي.

والمراد بالشركاء: من بابُه بعد بابه الأوّل جزماً، ومن بابُه قبل بابه على الخلاف المارّ؛ لأنّ زيادة الباب تورث زيادة الاستطراق الموجب لزيادة الزحمة الموجب لزيادة الضرر.

(وإن كان) الذي يريد فتحه **(أقربَ إلى رأس السكة ولم يسدَّ البابَ القديمَ فكذلك)** فللشركاء منعه؛ دفعاً لضرر الزحمة **(وإن سدَّه)** أي: البابَ القديم **(فلا منع)** للشركاء له من فتحِ الباب الثاني وسدِّ الأوّل؛ لأنّه ما زادت الزحمة بل نقصت؛ لقربه إلى رأس السكة[٣].

(ولو كان له) أي: لمن بابُه في السكة **(داران ويُشرَع)** أي: يخرُج **(بابُ إحداهما إلى الشارع)** وباب الأُخرى إلى مثل هذه السكة وكان بينهما جدار **(فإذا أراد فتح باب من إحدى الدارين إلى الأخرى)** بنقب الجدار بينهما **(فأظهر الوجهين أنّه ليس لأهل السكة منعه)**؛ لأنّه ما زاد باباً فيما يلي السكة ليكون لأهلها حق في المنع، وليس لأحد أن يمنع أحداً من التصرف في ملكه[٤].

والثاني: لهم المنع من ذلك؛ لأنّ الفتح يُثبت له ممرّاً من الشارع إلى داره التي ليس

---

(١) نقله في الروضة عن العراقيين وجرى عليه ابن المقرى؛ لأنّه في الأولَى وهي ما إذا كانا يفتحان إلى دربين يثبت لكل من الدارين استطراق في الدرب الآخر، لم يكن له، وفي الثانية يثبت للملاصقة للشارع حقاً في الدرب المسدود الذي تفتح له الأخرى لم يكن لها. حاشية البجيرمي على شرح المنهج (٣/ ١٢).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٤٩٦)، ومغنى المحتاج (٣/ ١٧٥).

(٣) ولأنّه ترك بعض حقه. ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٧٦).

(٤) ينظر: العزيز (٥/ ١٠١).

بابها على الشارع[1]، ويزيد بذلك الاستطراقُ في الباب الذي في السكة فيزيد استحقاقه على ما كان[2].

ولا خلاف في أن محل الخلاف: في ما إذا فتح للاستطراق من البابين، أمّا إذا فتح للتردد من دارٍ إلى دارٍ ولا يجيء الآتي من الشارع إلى السكة فلا منع بلا خلاف [3].

قال المصنف: إذا قصد اتساع ملكه فلا منع قطعاً، وفسّر النووي معناه: أنّه إذا أراد رفعَ الجدار بينهما وجعلَهما داراً واحدة وَيَتْرُكُ بَابَيهِمَا على ماكانا جاز جزماً[4].

(ولو كان بابُ كل واحدةٍ من الدارين في سكة غير نافذة وأراد) مالكُها **(فتح باب من إحديها إلى الأخرى جرى الوجهان في ثبوت المنع لأهل السكتين)** بعين ما ذكر فيهما[5].

(وحيث يمنع من فتح الباب) من إحديها على الأخرى: بأن فتح أبعد من رأس السكة، أو أقرب ولم يسد الباب القديم **(فلو صالحه أهلُ السكة عنه)** أي: عن فتح الباب **(على مالٍ صح)**؛ لأنّهم محصورون وحقوقهم معلومة[6].

قال المتولي: ثم إن قدَّروا مدةً معلومة فهو إعارة، وإن أطلقوا أو شرَطوا التأبيد فهو بيعُ جزء شائع من السكة منه، فينزل في ذلك منزلة أحدهم فيكون كائنين في الانتفاع بالسكة[7].

(ويجوز) لكل واحد من أهل السكة **(فتحُ الكُوَّات)**[8] للاستضاءة بغير إذن

---

(١) أي: على الطريق الشارع، والطريق الشارع يسلكه الناس عامة. ينظر: المصباح المنير (١٨٩).

(٢) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٧٦).

(٣) أي: بلا خلاف بين العلماء لأنّ الخلاف الذي وقع بينهم في فتح الباب للأستطراق ولا استطراق هنا حتى يقع الخلاف. المحقق.

(٤) ينظر: العزيز (٥/ ١٠١)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٠٩).

(٥) الوجهان اللذان مر ذكرهما هما الأول- قال: أن المعتمد عند الشافعية أنّه ليس لأهل السكتين ... والثاني وهو مانقله النووي في الروضة عن العراقيين عن الجمهور وجرى عليه ابن المقرى المنع.

(٦) لأنّه انتفاع بالأرض، بخلاف إشراع الجناح؛ لأنّ هناك بذل مالٍ في مقابلة الهواء المجرد، هذا إذا صالحوه على الاستطراق، أمّا إذا صالحوه على مجرد الفتح بمالٍ فلا يصح. مغنى المحتاج (٣/ ١٧٧).

(٧) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٤٤٤).

(٨) وَالكَوَّةُ تُفتَحُ وَتُضَمُّ: الثُّقبَةُ فِي الحَائِطِ. المصباح المنير (٢/ ٥٤٥).

المستحقين؛ إذ لا ضرر على أحد في ذلك، بل قال الأئمة: يجوز له أن يرفع بعض جداره ويجعل مكانه مشبكاً.

نعم لو كانت الكوّة بحيث يُشرف فيها على ما يؤذى به الجيران فلا يجوز له ذلك قطعاً.

***

أحكام الجدار الواقع بين ملكين

(فصل: الجدارُ الواقع بين الملكين قد يختص بأحد المالكين) أي: ينفرد بملكه ويكون ساتراً للآخر **(وقد يشتركان فيه)** فلا ينفرد أحدهما به.

(فأمّا الذي يختص بأحدهما فليس للآخر وضعُ الجذوع) أي: الأخشاب[1] **(عليه في الجديد)** المنصوص عليه في رواية المزني[2]؛ لما روى الحاكم بإسناده على شرط البخاري: أنّه عليه الصلاة والسلام قال في خطبته في حجة الوداع: **«لَا يَحِلُّ لِامرِئٍ أن يقطع مِن مَالِ أَخِيهِ إِلَّا مَا أَعطَاهُ عَن طِيبِ نَفسٍ»**[3].

(ولا يجبر المالك لو امتنع)؛ لأنّه ملكُه.

والقديم: له ذلك ويجبر إن امتنع[4]؛ لما روى البخاريُّ: أنّه عليه الصلاة والسلام قال: **«لا يمنعن جَارٌ جَارَهُ أن يضع خَشَبَةً على جِدَارِهِ»**[5].

---

(١) والجِذعُ، بِالكَسرِ: سَهمُ السَّقفِ. تاج العروس (٢٠/ ٤٢٨)، خَشَب٢ [جمع]: جج أخشاب وخُشبَان وخُشُب وخُشب، مف خَشَبَة: ما صلُب من جذع الشَّجرة وفروعها. معجم اللغة العربية المعاصرة (١/ ٦٤٤)

(٢) ينظر: مختصر المزني بهامش كتاب الأم (٢/ ٢٢٤)، وموسوعة الإمام الشافعي كتاب الأم (٤/ ١٩٠)، والمبسوط (٧/ ١٧٧).

(٣) المستدرك على الصحيحين للحاكم (١/ ١٧١)، رقم (٣١٨)، قال الذهبي: احتج البخاري بعكرمة واحتج مسلم بأبي أويس عبد الله وله أصل في الصحيح، و مسند أحمد مخرجا (٢٤/ ٢٣٩) رقم (١٥٤٨٨)، و سنن الدارقطني (٣/ ٤٢٣) رقم (٢٨٨٤).

(٤) ينظر: موسوعة الإمام الشافعي كتاب الأم (٤/ ١٩٠)، والمغنى لابن قدامة الحنبلى (٤/ ٥٥٥).

(٥) وتمام الحديث: "ثم يقول أبو هريرة: مالى أراكم عنها معرضين والله لأرمِيَنّ بها بين أكتافكم" متفق عليه: صحيح البخاري (٣/ ١٣٢)، رقم (٢٤٦٣)، وصحيح مسلم (٣/ ١٢٣٠)، رقم (١٣٦ - (١٦٠٩) وموطأ مالك رواية محمد بن الحسن الشيباني (٢٨٤)، رقم (٨٠٤).

وأجيب: بأنه معارض[١] بحديث الوداع ويبقى حق الملك سالماً عن المعارضة، ومنهم من يثبتون تأخيره فيكون ناسخاً.

(**فإن رضي المالك**) بوضع الجذوع بناءً على الجديد (**من غير عوض**) سواء صرح بنفي العوض أو أجاز ولم يزدَ على الإجازة (**فهو**) أي: الرضاء بالوضع (**إعارة**[٢] **له الرجوع عنها**) أي: الإعارة (**قبل الوضع**) أي: وضع الجذوع (**والبناء عليه**) على الجذوع الموضوع، ويجوز أن يرجع إلى الجدار، والأولى أَولى (**وكذلك**) له الرجوع (**بعده**) أي: بعد الوضع والبناء عليه- عبر عنهما بضمير؛ لأنهما في معنى واحد[٣]- (**على أصحِّ الوجهين**) كما هو شأن سائر العوارى.

والثاني: لا رجوع له أصلا، وليس له طلب الأُجرة، ولا النقضُ مع غرامة الأَرش[٤]؛ لأنّ مثل هذه العواري يراد بها التأبيد؛ لابتنائها على أمرٍ غير متاقِّت الآخر، كاعارة الأرض لدفن الميت[٥].

(**ثم فائدةُ الرجوع**) على الأصحّ (**في أحد الوجهين**) في ذلك الأصح (**طلبُ الأُجرة**) لا غير؛ لأنّه غرَّه في إطماعه في تأبيد المنفعة، فلا يمكَّن من النقض في ذلك، ولا يُجعل محروماً؛ لأنّه ما وهبه ولا أباحه، فنراعي الجانبين: عدمَ النقص للبانى، وأخذَ الأُجرة للمالك[٦].

(**وأظهرهما: أنّه إذا رجع يخيَّر المعيرُ بين أن يُبقيَ**) -بضم الياء -بأُجرة (**وبين أن يقلع**

---

(١) المعارضة: لغة: هي المقابلة، واصطلاحاً: هي إقامة الدليل على خلاف ما أقام لخصم الدليل عليه. ينظر: التعريفات (١٢١).

(٢) أي: لصدق حدّها عليه فيستفيدها المستعير الوضع مرة واحدة حتى لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها، أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لم يكن له الوضع ثانياً في الأصحّ؛ لأنّ الإذن إنّما يتناول مرة واحدة فقط. ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٧٩).

(٣) الظاهر أن قصد الشارح أن الرافعي عبر عن الجذوع بضمير المفرد لكونها هنا بمعنى المفرد.

(٤) الأرش جمعه: أروش: هو اسم للمال الواجب على ماهو دون النفس. ينظر: التعريفات (١٦)

(٥) وهو قول الحنابلة أيضاً. ينظر: المغنى لابن قدامة (٤/ ٥٥٨).

(٦) ينظر: المنهاج (١٢٧).

ويغرم أرش النقصان) وهو ما بين كون البناء ثابتاً وبين كونه نقضاً[١] مطروحاً؛ قياساً على ما لو أجار أرضاً للبناء عليه، فإنّه إذا رجع فله ذلك[٢].

وأجاب الثاني بالفرق: بأن هنا القلع يضرُّ المستعير؛ فإن الجذوع إذا رفع طرفٌ منها لا يتمسك الطرف الآخر فيؤدى إلى تخريب ما لم يكن مستعاراً، بخلاف البناء على الأرض المستعار[٣].

(وإن رضي المالكُ بوضعِ الجذوع والبناءِ عليه بعوض فإن أجّر رأسَ الجدار للبناء عليه فهو إجارة)؛ لأنّ رأس الجدار عينٌ فهو كسائر الأعيان التي تؤجر[٤].

ويصح بلفظ الصلح أيضاً بأن قال: صالحتك على أن تضع الجذوع على جدارى هذا بكذا، ويجرى فيها شرائط الإجارة إلا تقدير المدة على المختار؛ إذ الحاجة داعيةٌ إلى دوامها[٥].

وقيل: يجب تقدير المدة كسائر الإجارات، لكن ينبغي أن تكون بحيث لا يبقى الجدار والبناء فيه غالباً[كمائتين]من السنين[٦].

(ولو قال: بعته) أي: رأس الجدار **(للبناء عليه)** هذه عبارة العراقيين[٧]، **(أو قال: بعته حق البناء عليه)** هذه عبارة الإمام والغزالي، قال المصنف: والأشبه أن يراد باللفظين شيءٌ واحد[٨]. **وقيل:** في الأوّل بيع محض، **والخلاف إنّما** هو في الثاني.

---

(١) والنِّقْض: بالكسر اسمُ البناء المنقوض إذا هدم. والنُّقض: بالضم ما انتقض من البنيان. التعريفات الفقهية (ص: ٢٣١).

(٢) ينظر: العزيز (٥/ ١٠٥).

(٣) ينظر: العزيز (٥/ ١٠٥).

(٤) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٧٩) بتحقيق على محمد معوض.

(٥) أي: من كون المنفعة متقومة وأن لا يتضمن استيفاء عين قصداً، وأن تَكون المنفعة مقدورةً على تسليمها حساً وشرعاً، وحصول المنفعة للمستأجر. ينظر: الوسيط في المذهب (٤/ ١٥١).

(٦) نعم لو كانت الدار وقفاً عليه وآجره فلا بدّ من بيان المدة قطعاً كذا ذكره القاضي حسين.ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٧٩).

(٧) روضة الطالبين (٣/ ٤٥٣)

(٨) ينظر: العزيز (٥/ ١١٤).

(فالأصح) من ثلاثة أوجه: **(أن العقد الجاريَ فيه شائبةُ البيع وشائبةُ الإجارة)**؛ لأنّه عقد على منفعة على التأبيد ففيه الشائبتان.

والثاني: أن العقد الجاري بيعٌ محض يملك به مواضعَ وضعِ الجذوع.

والثالث: أنّه إجارةٌ يتأبّد؛ للحاجة.

والاختلاف مبنيٌّ على القواعد الفقهية، وإلا فالأوجهُ الثلاثة متفقةٌ على استحقاقه على التأبيد.

(فإذا بنى) المعاقدُ **(فليس لصاحب الجدار نقضُه بحال)** أي: لا مجّاناً ولا بأرش؛[1] لاستحقاقه على الدوام بعقد لازم **(ولو انهدم الجدار الموضوع عليه فأعاده مالكه فللمشترى)** فلو قال: " للمعاقد " كان أولى **(إعادةُ البناء عليه)** سواء كان بتلك الآلاتِ أو بمثلها، ولا يجوز بأثقلَ منها وأطولَ.

فإن لم يُعد المالكُ لم يطالَب بشيء إن انهدم بنفسه، وإن هدمه المالك أو الأجنبيُّ طولب بقيمة حق الوضع[2] مع أرش النقص، وهوضمان الحيلولة، حتى لو أعاده الهادم ووضع وبنى كما كان استردّ ما بذل[3]، وسواء كان الإذن بعوض أو بغير عوض.

(فلا بدَّ من بيان قدر الموضع المبنيّ عليه) من رأس الجدار **(طولاً وعرضاً)** أي: إن لم يأخذ جميع العرض بأن كان عرضه بسيطاً[4] [يستمسك] الجذوع على بعضه.

(وسُمك الجدران) التي تبنى على الجذوع الموضوع على جدار البائع، والسمك الارتفاع[5] **(وكيفيتها)** أي: كونها مصمتة أومجوفة؛ إذ المراد كيفية ما تبنى به من حجر

---

(١) الأرش: اسم للمال الذي يدفع بين السلامة والعيب في السلعة. ينظر: القاموس (٥٢٥).

(٢) أي: قيمة حق وضع الجذوع على الجدار. ينظر: تحفة المحتاج (٥/ ٢١٢)

(٣) بذَل المالَ: أعطاه وجادَ به عن طِيب نفس معجم اللغة العربية المعاصرة (١/ ١٧٨). لعل هذا قريب مما يسمى تأمينات.

(٤) والبَسِيطُ مِنَ الأَرض: كالبِساطِ مِنَ الثِّياب،... البَساطُ والبَسِيطة الأَرض العَرِيضة الوَاسِعَةُ. لسان العرب (٧/ ٢٥٩)

(٥) فائدة: ارتفاع الجدار صعوداً من الأرض سمك بفتح السين، والمنزول منه اليها عمق بضم العين المهملة، لاطول وعرض، بل طوله امتداده من زاوية البيت مثلا إلى زاويته الأخرى، وعرضه هو البعد النافذ من أحد وجهيه إلى الآخر. مغنى المحتاج (٣/ ١٨١-١٨٢).

أو طوب أو شيء يكون ككوات النحر مجوفاً يستوى كالطوب المشوى ويبنى به وهكذا تبنى غالب عقود دياربكر.

(**وكيفية السقف المحمول عليها**) أي: على تلك الجدران، من كونه من الخشاب أو معقوداً وهو الذي يسمى بالشام أزجاً[١]؛ إذ الأغراض تختلف بذلك كله.

وإنّما يجب ذلك؛ لأنّه بائع ومؤجر، ولا بدَّ من العلم بالمبيع والمستأجَر، ومن العلم بما يعمل بالمستأجَر، فمعرفة رأس البناء من الطول والعرض مشترك بين شائبة البيع والإجارة، وما زادت من السمك والكيفية فهو مختص بشائبة الإجارة. تأمل.

(**وإذا أذن في البناء على أرضه**) أي: بعوض أو بغير عوض (**فلا يحتاج) إلا (الى بيان القدر الذي يأخذه البناء**)؛ لأنّه المبيع والمستأجَر، ولا حاجة إلى بيان كيفية الجدران والسقف؛ إذ الغرض لا يختلف بها؛ لأنّ الأرض تتحمل كل شيء، وهذا إذا لم يكن المبنيُّ به من تلك الأرض، فإن كان فلا بدَّ من البيان؛ لاختلاف الغرض بها.

(**وأما الجدار المشتركُ بين اثنين ففى تمكُّن أحدهما من وضع الجذوع عليه بغير إذن الآخر القولان**) الجاريان في جدار الجار: (**الجديد والقديم**) الجديد: منعُه كما يمنع من جدار الجار؛ لأنّه أيضاً تصرّفٌ في ملك غيره بغير إذنه، والقديم: جوازُه كما في الجار، بل أولى[٢].

قيل: القديم هنا أقرب، وادّعى بعضُهم اتفاق الأصحاب عليه، واختاره ابن الملقن [٣].

---

(١) وهو العقد المسمى بالقبو، والأَزَج: بيتٌ يبنى طولاً مقوس السقف، يسمى بالفارسية: "أُستان"وأزجته تأزيجاً اى إذا بنيته كذلك، ويقال: الأزج: السقف، وجمعه، أزج وآزاج مثل سبب وأسباب.ينظر: المعجم الوسيط (١/ ١٤)، وتحرير ألفاظ التنبيه (٣٣٨). وباللغة الكردية: "قووبية" أو: "تاق" أو"گۆمهزى".

(٢) فالقول الجديد للشافعى وبه قال أبو حنيفة: يمنع من تمكن أحدهما من وضع الجذوع على جداره المشترك بغير إذن الآخر.

وأمّا قوله القديم وبه قال مالكٌ واحمد فهو يقول: بجواز تمكن أحدهما من وضع الجذوع على جداره المشترك من غير إذن صاحبه. ينظر: موسوعة الإمام الشافعي ﷺ كتاب الأم (٤/ ١٩٠).

(٣) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٨٢).

وعلى القولين لا يجوز لأحدهما التيمم بترابه، ولا التعفير به، ولا تتريب الكتابة[١] ونحو ذلك، ومن أحال عدمَ الجواز فيها على القديم فقد سها سهواً بيناً.

(وليس لأحدهما) أي: أحدِ الشريكين **(أن يتد)** أي: يغرس بعنف **(فيه)** في الجدار المشترك **(وتِداً)** بكسر التاء "ميَخ"[٢] وذلك؛ لأنّه يضرُّ بالجدار فينفك به [مراصفه][٣].

(أو يفتح فيه كوّة) أي: روشناً بغير إذن الآخر كما أن سائر الأموال المشتركة لا يستبد أحد الشركاء بالانتفاع بها.

(ولا بأس بأن يستند اليه ظهره) أو جنبه **(أو يسند)** بضم الياء **(إليه متاعاً)** مما لا يتضرر به الجدار، ولا بد من هذا القيد **(بل يجوز مثله)**- أي: مثل الاستناد، الضمير للمصدر[٤] - **(في الجدار الخالص للجار)**؛ لعدم نقصان العين أو المضايقة عليه وكذا كل فعل يشبه ذلك[٥].

ولو منع أحد الشريكين الآخر عما يجوز له مما ذكرنا فهل يجب عليه أن يمتنع؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يجب أن يمتنع؛ لأنّ الغرض من الامتناع حيث كان هو الأذى، فإذا حصل الأذى وجب الامتناع.

---

(١) التعفير: دلك الإناء أو نحوه بالعفر أي التراب الذي بياضه ليس بخالص، وذلك في النجاسة المغلظة، أي: نجاسة الكلب والخنزير، وتتريب الكتابة تجفيف حبرها بذر التراب الناعم عليها، وذلك أن الكتاب كانوا يكتبون بالحبر، وكان رطباً إذا مسه شيء انمحى، فكانوا يذرّون عليه التراب الدقيق الناعم ليجف. ينظر: التوقيف على مهات التعاريف (١٠٢).

(٢) الوتد: بكسر التاء، وفتحها لغة، وكذلك الودّ بالإدغام، ومنه قول المصنف: يتد بفتح أوله وكسر ثانيه. الروضة: (٣/ ٤٤٨). و "ميخ" كلمة فارسية، وتستعمل في بعض لهجان اللغة الكردية ، وفي بعض لهجاتها: "بزمار" أو "كولميخ".

(٣) رصف: الرَّصفُ: ضَمُّ الشَّيءُ بعضِه إِلَى بَعضٍ ونَظمُه. لسان العرب (٩/ ١١٩) مادة "(رصف)".

(٤) يشير الشارح إلى أن الضمير يرجع أحياناً إلى مصدر فعل قبله مثل قوله تعالى: ﴿ٱعْدِلُوا۟ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ (المائدة: ٨) أي: العدل.

(٥) وظاهرٌ أنه يمتنع نحو الجلوس على نحو بساط الغير بغير ظن رضاه وإن لم يضر وكان الفرق اطراد= العادى بالمسامحة هناك لاهنا، وأمّا وضع مالايؤثر بوجه على البساط كقلم فينبغي جوازه، وانظر الأحمال الثقيلة الملقاة بالأرض هل هي كالجدار في الاستناد والإسناد. ينظر: تحفة المحتاج (٦/ ٥٦٧).

والأصح: أنه لا يجب الامتناع؛ لأنّ ذلك المنع في سوء العشرة وضيق الطبع وخساسته ليس بناشئ من الشرع، فلا يُعبأُ به[١].

(**وليس لأحد الشريكين إجبار الآخر على العمارة في الجديد**)؛ لاستوائهما في ذلك، فلا ترجيح لتكليف أحدهما الآخر، ويمتنع اجتماع التكليفين، وبالقياس على عدم الإجبار على زراعة الأرض المشتركة بالاتفاق[٢].

والقديم: له ذلك؛ صيانة عن الأملاك المشتركة عن التضييع؛ لأنّ تعطيلها تضييعٌ لمنافعها[٣]. ويجريان في عمارة البساتين وتنقية الانهار والآبار والقناة المشتركة إذا خربت وامتنع أحد الشريكين عن القيام بها.

(**لكن لو أراد أحدهما إعادة ما انهدم بآلة من عنده لم يمنع**) قيل: ذلك إذا كان الأساس لم يكن مشتركاً بل مختصاً به، وقال أبو الطيب وابن الصباغ: لا بأس باشتراكهما في الأساس؛ لأنّ لكل منهما حقاً في الوضع عليه، واختاره شراح المنهاج وقالوا: إنّما سكت الشيخان- يعنون المصنف والنووي-؛ لظهوره[٤].

وأقول: إنّما يكون هذا إذا لم يكن الأساس مما ينتفع به ببناء الجدار عليه، وإلا لا يجوز إلا بإذن الآخر؛ لأنّه يفوت عليه ما يستقل بالانتفاع.

(**ويكون المعاد**) بضم الميم (**ملكه**)؛ لاختصاص آلته به (**يضع عليه ماشاء**) (**وينقضه إذا شاء**) كما يتصرف الملاك في أملاكهم (**وليس للآخر أن يقول**) على سبيل الإجبار: (**لا**

---

(١) الطبع: ما يقع على الإنسان بغير ارادة، وقيل الطبع بالسكون: الجبلة التي خلق الإنسان عليها.ينظر: التعريفات (٨٠).

(٢) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٨٣)، والمبسوط للامام السرخسي (٧/ ١٦٨).

(٣) فالقول القديم يقول: بأن للشخص إجبار شريكه على ثم رجع عنه في القول الجديد وقال: ليس له أن يضع أجذاعه في جدار جاره إلا بأمره كما أنّه ليس له أن يتصرف في غير ذلك مَن الأملاك التي لجاره إلا بأمره، وبمثل ما قال به الشافعي في القول القديم قال به الإمام مالك رحمه الله تعالى. ينظر: المغنى لابن قدامة (٤/ ٥٦٤)، وموسوعة الإمام الشافعي كتاب الأم (٤/ ١٩١).

(٤) فشراح المنهاج كثيرون و من أدركت نصوصهم من هؤلاء: الرملي في نهاية المحتاج، الشربيني في مغنى المحتاج، و المحلّي في كنز الراغبين، و ابن حجر، في تحفة المحتاج. ينظر: نهاية المحتاج (٤/ ٤١٢)، ومغنى المحتاج (٣/ ١٨٣)، وكنز الراغبين (٢/ ٣٩٥)، و التحفة (٦/ ٥٧٠).

تنقضه) [أي: المعاد] بآلة نقسه (لأغرم حصتي) من القيمة: إن نصفاً فنصفٌ وإن ثلثا فثلث، ولو قال ذلك (لم تلزمه إجابته)؛ كما لا تلزم العمارة ابتداء بناءً على الجديد.(١)

وعلى القديم: له ذلك وتلزمه الإجابة؛ صيانة للأملاك عن التضييع والتعطيل.(٢)

(وإن أراد أحدهما أن يعيده) أي: الجدار المنهدم (بالنقض المشترك بينهما فللآخر منعه) من الإعادة به؛ لأنّ له فيه حقاً.

وفي القديم: ليس له منعه ويعود مشتركاً، ولم يكن للمعيد أجرة إذا لم يجر ذكرها.

(ولو تعاونا على إعادته بالنقص المشترك) أو استأجرا من أعاده به (عاد مشتركاً بينهما) كما كان، ولا يجوز أن يشترط لأحدهما زيادة على ما كان؛ إذ لا يقابل ذلك بشيء، فيكون باطلاً.

(وإن انفرد أحدهما) بالعمارة (بالنقض المشترك وشرط له الآخرُ زيادةً على ماكان جاز وكانت الزيادة) المشروط له (في مقابلة عمله في نصيب الآخر) فلو كان بينهما بالنصف فشرك له السدس في نصيبه فيضم على النصف فيكون له الثلثان(٣).

وإطلاقه يقتضي جواز الشرط في أيِّ وقت كان؟ أي: في الحال، أو الأثناء، أو بعد البناء، لكن قال الإمام في النهاية والغزالي في البسيط والعراقي في مستدركه على الشيخين(٤): أنه إنّما يتصور ذلك إذا شرط له زيادة النقض قبل البناء أو الابتداء به،

---

(١) هذا بناء على القول الجديد للشافعي ".وبه قال أبو حنيفة ﷺ أيضاً .ينظر: موسوعة الإمام الشافعي كتاب الأم (٤/ ١٩١).

(٢) والقول القديم للشافعي أنّه يجبر الممتنع وتلزمه الإجابة لدعوى صاحبه، وبمثل ماذكره قال مالكٌ ﷺ. ينظر: موسوعة الإمام الشافعي كتاب الأم (٤/ ١٩٥)، والمغنى لابن قدامة (٤/ ٥٦٥).

(٣) تتمة: لصاحب العلو بناء السفل بماله ويكون المعاد ملكه، ويأتى فيه ما مر في الجدار المشترك ولصاحب السفل السكنى في المعاد، وليس له الانتفاع به بفتح كوه و غرزوتد ونحوهما، ولا على هدمه وكذا للأسفل، ويؤخذ من هذا أن له البناء بآلة نفسه وإن لم يمتنع الأسفل منه، ومثله الشريك في الجدار المشترك ونحوه وهو كذلك، وإن قيل في ذلك وقفة ولصاحب العلو وضع الأثقال المعتادة على السقف المملوك للآخر أو المشترك بينهما، وللآخر الاستكنان به والتعليق المعتاد به كثوب ولو بوتد يتد فيه. مغنى المحتاج (٣/ ١٨٥).

(٤) يوجد كتاب بأسم "المستدرك على صحيح البخاري ومسلم للهروى العراقى وهو أبو ذر عبد بن أحمد بن محمد الحافظ الانصاري المعروف بابن السماك، توفى سنة (٤٣١) من الهجرة. ينظر: هدية العارفين (١/ ٤٣٧)، وسير أعلام النبلاء (١١/ ٣٠٤).

فإن شرط له بعد البناء فلا يصح؛ لأنّ الأعيان لا تؤجّل. هذا لفظه[١].

[الصلح بمال على إجراء الماء وإلقاء الثلج]

(ويجوز أن يُصالح على إجراء الماء وإلقاء الثلج في [ملكه] على مال) بأن كان له سطحٌ ملاصق بسطحٍ فيصالح صاحبه على أن يجرى ماء المطر من هذا السطح على السطح المجاور له لينزل منه إلى الشارع، أو أن يجرى ماء النهر في أرضه ليصل إلى أرض المصالح، أو أن يلقى الثلج من سطحه على أرضه أو سطحه، وهذا الصلح إجارة يصح بلفظ الإجارة، ولا بأس بالجهل بمقدار المصالح عليه من الماء والثلج؛ لأنّه لا يمكن معرفته، فأجيز للحاجة.

ولو جرى بلفظ البيع جاز أيضاً، وكذا بالإعارة، إلا أنّه لو بنى على سطحه وفي أرضه ما يمنع الثلج أو الماء مثلا ففى صورة العارية رجوعٌ، ويُمنع في البيع والإجارة.

ثم إطلاقه يقتضى جواز الصلح على إجراء كل ماء والقاء كل ثلج، وليس كذلك، بل صرح في الكبير بعدم جواز الصلح على إجراء غسالة الأواني والثياب في ملكه[٢]؛ إذ لا ضرورة فيه فلا ترتكب خلاف العقود فيه، بل مخصوص بماء المطر[٣].

وكذا الحكم في [الثلج (المجتمع) دون المستجمع]، ولعله أطلقه؛ اعتماداً على الحمل على الغالب. والله أعلم.[٤]

***

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ٤٩٠)، و نهاية المحتاج (٢/ ٤١٢).

(٢) غُسالة الثَّوبِ: مَا خَرَجَ مِنهُ بالغَسل. وغُسالةُ كُلِّ شَيءٍ: ماؤُه الَّذِي يُغسَل بِهِ. لسان العرب (١١/ ٤٩٤).

(٣) العزيز (٥/ ١١٦)، وكفاية النبيه في شرح التنبيه (١٠/ ٨٩).

(٤) فرعان: **الأول**: المصالحة عن قضاء الحاجة من بولٍ أو غائطٍ، وطرح الكناسة في ملك الغير على مال عقد فيه شائبة بيع وإجارة، وكذا المصالحة عن المبيت على سقف غيره.
الثاني: للشخص تحويل أغصان شجرة لغيره مالت إلى هواء ملكه الخالص أو المشترك امتنع مالكها من تحويلها، وله قطعها ولوبلا إذن قاض أن لم يمكن تحويلها، ولا يصح الصلح على بقاء الأغصان بمال، ولو دخل الغصن المائل إلى هواء ملكه في برنية ونبت فيها أترجة وكبرت قطع الغصن والأترجة لتسلم البدنية لاستحقاق قطعها قبل ذلك. ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ١٨٦).

النـزاع في جدار بين ملكين

(**فصل: إذا تنازعا في جدار بين ملكيهما**) فيقول أحدهما: هو لى ولا شركة لك فيه، ويقول الآخر: بل هو لى، أو: "لى فيه شركة" نظر: (**إن كان متصلاً ببناء أحدهما بحيث يعلم أنّهما بنيا معاً**) بأن تراصفت اللبنات[١] أو الأحجار من أحدهما، أو كان المتنازع فيه أزجاً -أي: عقداً- لا يمكن بناؤه بعد بناء أحدهما، وذلك بأن كان ابتداء ميله في مبدأ ارتفاع الجدار الخالص له شيئاً (**فهو**) أي: الذي اتصل ذلك الجدارُ ببنائه (**صاحبُ اليد فيه**)؛ بدلالة الجدار على ملكه، واحتمالُ زوال الملك عارضٌ، فيكتفى بيمينه[٢] ويحكم له بالجدار، وعلى الآخر البينة؛ لأنّ قوله يخالف الظاهر، فيحتاج لإثباته إلى حجة قوية[٣].

(**وإن لم يختص أحدُهما بالاتصال ببنائه بل كان متصلاً ببنائهما معاً**) بأن تراصف كل جانب منه ببناء أحدهما (**أو منفصلاً عنهما**) بأن كان مما يمكن إحداثه من غير أن يكون مبدؤه من أحد الملكين (**فهو في أيديهما**)؛ لاستوائهما في احتمال الصدق والكذب:

(**فإن أقام أحدهما بينة على أنّ الكلَّ له قُضيَ له، وإلا**) أي: وإن لم يُقم أحدهما بينة، أو أقاما بينتين فتعارضتا؛ لعدم استناد إحداهما إلى زيادةِ علم أو سبقِ تأريخ (**حلف كلُّ واحد منهما للآخر**)[٤]، ثم ذلك الحلف على النصف الذي يسلم له أو على الجميع؛ لأنّه يدعى الجميع ؟ فيه وجهان: **أصحها** عند العراقيين الثاني، **والأول** هو مختار المصنف والنووي[٥].

(**فإن حلفا أو نكلا**) عن اليمين وأعرضا عنه (**جعل بينهما مناصفة**)؛ عملا بظاهر اليد.

(**وإن حلف أحدُهما دون الآخر**) أي: بأن نكل- كما صرح به صاحب الروضة حيث قال: "وإن حلف أحدهما ونكل الآخر"[٦]- (**قضى للحالف بالكل**).

---

(١) اللبنات جمع لبنة وهي بكسر الباء: ما يعمل من الطين ويبنى به، ويجوز التخفيف فيصير مثل حِمل. ينظر: المصباح المنير (٣٢٦).

(٢) اليمين في الشرع: تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى، أو التعليق. التعريفات (١٤٢).

(٣) الحجة: مادل به على صحة الدعوى، وقيل: الحجة والدليل واحد. ينظر: التعريفات (٥١).

(٤) مغني المحتاج (٣/ ١٨٧).

(٥) العزيز (٥/ ١٢٠)، وروضة الطالبين (٣/ ٥١٢).

(٦) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٥١٢).

وتفصيل القول فيه: أنّه إن حلف الذي بدأ القاضي بتحليفه ونكل الآخر بعد الحلف حلف الأوّلُ اليمينَ المردودة أيضاً ليقضَى له بالكل، وإن نكل الذي بدأ القاضى بتحليفه ورغب الثاني في اليمين فقد اجتمع عليه يمينان: يمينُ النفي للنصف الذي ادعاه صاحبه، ويمينُ الإثبات للنصف الذي ادعاه هو.

فإذا عرفت هذا فهل يكفيه والحالة هذه يمين واحدةٌ تجمع فيه بين النفي والإثبات بأن يقول: والله ليس لك في الجدار شركة إنّما الجدار له كله له"، أم لا بدَّ من يمينين: أحدهما للنفى والآخر للأثبات بأن يقول: "والله ليس لك في الجدار شركة، والله إن الجدار كله لى أو لاحق لك فيه، أو: لاحق لك في النصف الذي تدَّعيه والنصف الآخر لى"، وما أشبه ذلك؟ فيه وجهان حكاهما المصنف في الشرح الكبير في كتاب الدعوى والبينات وصحح الأوّل، وتبعه النووى في الروضة[١]. هذا.

(**ولو كان لأحدهما عليه**) أي: على الجدار المتنازع فيه (**جذوع**) يتصل أطرافها الأخرى بخالص ملكه (**لم يرجَّح جانبُه**)؛ لاحتمال أن يكون ذلك بإجارة أو اعارة أو غصب فتكون علامة ضعيفة؛ لتعارض الاحتمال المذكور فلا تقاوم العلامة القوية وهي كون الجدار واقعاً بين الملكين.

وقول صاحب الأنوار وغيره: "ولا ترجيح بالطاقات[والمحاريب][٢]والصور" بأن كان ذلك في الوجه الذي ملكه[٣].

وكذا لا ترجيح بمعاقد القمط[٤]، وهى الأخشاب التي يبتدئ منها الجدار من

---

(١) ينظر: العزيز (١٣/ ٢٢٥)، وروضة الطالبين (٥/ ٤٥٨).

(٢) وهي جمع المحراب وهو صدر المجلس ....، ومنه محراب المصلى ينظر: المصباح المنير (٨٠).

(٣) ونص عبارته في الأنوار: ولاترجيح بالطاقات والمحاريب والصور والكتابة الخ. الأنوار (١/ ٢٩٧)، وطبع مصطفى (١/ ٣٠٩).

(٤) ومعاقد القمط تكون في الأخصاص التي تبنى وتسوى من الحصر وسفائف الخوص، والقمط: هي الشرط، وهي حبال دقاق تسف بها الحصر التي تسقف بها الأخصاص وحواجزها، والخُصُّ: بَيت من شجر أو قصب، وَقيل: الخُصُّ: البَيت الَّذِي يسقف عَلَيهِ بخشبة على هَيئَة الأزج. المحكم والمحيط الأعظم (٤/ ٤٩٩)، والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (١٥٣)

القصب[1] والسعف[2] أو الجريد، وقال صاحب الغريبين[3]: القمط:الأخشاب التي يعقد عليها الأزَج[4].

وإذا قلنا بأنه لا ترجيح بالجذوع فإذا حلف أو أقام بينةً على أن الجدار له حُكم للحالف بالجدار وأُبقيت الجَذوع للآخر كما كانت؛ إذ الظاهر أنها وضعت بحق.

(والسقف المتوسط بين علوِ أحدهما وسفلِ الآخر) - العلو بضم العين وسكون اللام وتخفيف الواو وكسر العين لغة تميم، والسفل على هذا القياس **(كالجدار الحائل بين الملكين)**؛ لاستوائهما في الانتفاع به؛ لأنه [يُقِلُّ] أحدَهما ويُظِلُّ الآخر[5]، فيكون لأحدهما سماءً وللآخر أرضاً.

(فإن تنازعاه) فادّعى كلٌّ منهما أنّه له، ادّعى أحدهما الاختصاص والآخر الشركة **(نظر: أهو مما يمكن إحداثه بعد بناء العلو)** بأن كان جدران العلو مرتفعة وثقبت الجدران ووضعت رؤس الهيازين[6] أو الجذوع في تلك الثقُب وجعلت تلك الدارُ بيتين **(فيكون في أيديهما)**؛ لاحتمال اتفاقهما على ذلك واستوائهما في الانتفاع به، والظاهر أن لا يكون ذلك بغصب من صاحب السفل **(أو لا يمكن)** إحداثه بعد بناء العلو: بأن كانت رؤوس الهيازين والجذوع منضدة مع بناء الجدران ولا يُرى أثر ثقب، أو كان

---

(١) القصب: كل نبات يكون ساقه انابيب وكعوباً ينظر: المصباح المنير (٢٩٩).

(٢) السعف: أغصان النخل مادامت بالخوص، فإن زال الخوص عنها قيل: جريد. المصباح (١٦٧).

(٣) صاحب الغريبين أَبُو عُبَيدٍ أَحمَد بن مُحَمَّدٍ الهَرَوِيُّ، من شيوخه الأزهري اللغوي، توفى سنة إحدى وأربعمائة من الهجرة النبوية. سير أعلام النبلاء ط الحديث (١٢/ ٥٦٣)، ومرآة الجنان (٣/ ٣)، وأبجد العلوم (٤٥١).

(٤) الذي في الغريبين: (٥/ ١٥٨٣) "وقمطه: شرطه التي يشدُّ به من ليف كان أو خوص أو غيره".

(٥) يُقَالُ: أَقَلَّ الشيءَ يُقِلُّه واستَقَلَّه يَستَقِلُّه إِذا رَفَعَهُ وَحَمَلَهُ. وأَقَلَّ الجَرَّة: أَطاق حَمْلَهَا. لسان العرب (١١/ ٥٦٥). أي: يرفع أحد السقفين، ويكون للسقف الآخر ظلاً. المعلق

(٦) لم أجد معنى لهذه الكلمة في المعاجم.

بفضل الله وتوفيقه تم التحقيق والتعليق على كتاب الصلح من الوضوح مع الإفادة من تحقيق الشيخ أبي بكر الصديقي وهذه الحصة تنتهي في المخطوطة (٢٨٣) في اللوحة (٠٠٠٦٩)، وفي المخطوطة (٣١٧٢) في اللوحة (٤٧٩) وفي المخطوطة (٢٧٢٦) في اللوحة (٦٠ظ)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة ٦٥٦ في اللوحة (٠٠٢٧٣)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات من اللوحة (٦٤٣٤) و.. ويليه بإذن الله تعالى تحقيق كتاب الحوالة.

عقداً لا يمكن انعقاده على وسط الجدران إلا بأن تميل رأس الجدران من مبدئه كما يُرى في الأُزُج المنعقدة من الجدران (**فيكون في يد صاحب السفل**)؛ لاتصاله ببنائه خاصة، فإذا حلف حُكم له بالكل، لكن يستدام قرارُ صاحب العلو عليه؛ لأنّ الظاهر كونُه عليها بحق.

ولو كان السقف المتوسط على الأسطوانات ولم يدخل رؤس العيازين والجذوع في الجدران فهل هو في أيديهما أو يكون في يد صاحب السفل؟ فيه وجهان: أصحهما الأوّل؛ لإمكان إحداثه بعد بناء العلو.

والثاني: هو في يد صاحب السفل؛ لأنّ الأُسطوانة فيها رسخت. والله أعلم.



كتاب الحوالة [١]

بفتح الحاء وكسرها، والفتح أفصح، وهي التغيّر والانتقال[٢]، قال الله تعالى: ﴿خَٰلِدِينَ فِيهَا لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا﴾[٣]، أي: نقلاً وتغيُّراً[٤].

وسمي السَنة الآتية حَولاً؛ لتغيّرها على ما كانت عليه في القابلة.

وفي الشّرع: عبارة عن عقد يقتضي نقل حقٍّ من ذمةٍ إلى ذمةٍ أخرى[٥].

وصورة العقد أن يقول: "أحلتُك بعشَرتك الّتي علَيَّ على زيد بعشرة لي عليه"، فيقول المحتال: أُحلت بها عليه.

والأصل فيها ما روى الإمام أحمد بن حنبل في مسنده، والبيهقي في سننه عن رسول الله ﷺ أنّه قال: «**وَإِذَا أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحتَل**»[٦]، وفي الصحيحين: «**مَطلُ الغَنِيِّ ظُلمٌ، وَإِذَا أُتبِعَ أَحَدُكُم عَلَى مَلِيّ فَليَتّبَع**»[٧].

---

(١) يشتمل هذا الجزء على كتاب الحوالة من الوضوح، وهذه الحصة تبدأ في مخطوطة مكتبة الحاج خالص في أربيل المرقمة (٢٨٣) من اللوحة (٠٠٠٦٩)، وفي المخطوطة (٢٧٢٦) من اللوحة (٦٠)، وفي المخطوطة (٣١٧٢) من اللوحة (٠٠٠٤٧٩) وفي مخطوطة مكتبة بيارة ٦٥٦ من اللوحة (٢٧٣)، وفي مخطوطة مكتبة الخال من اللوحة (١٢٨)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات من اللوحة (٦٤٣٤) ظ، وتنتهي في اللوحة (٦٤٣٦).

(٢) الصحاح (٤/ ١٦٧٠-١٦٨٢)، ولسان العرب (١١/ ١٨٤-١٩٦)، وتاج العروس (٢٨/ ٣٦٥- ٣٨٤).

(٣) الكهف: (١٠٨)، الخال (١٢٨) خالص (٦٩)

(٤) ينظر: مفاتيح الغيب (٢١/ ٥٠٣)، وتفسير القرطبي (١١/ ٦٨)، والبحر المحيط (٧/ ٢٣٢).. وغيرها.

(٥) ينظر: المهذب (٢/ ١٤٤)، والبيان (٦/ ٢٧٩)، والمجموع (١٣/ ٤٢٤).

(٦) مسندأحمد، رقم (٩٩٧٣)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١١٧)، برقم (١١٣٨٩) واللفظ للبيهقي.

(٧) متفق عليه: صحيح البخاري، رقم (٢٢٨٧)، وصحيح مسلم، رقم (٣٣- (١٥٦٤) واللفظ لمسلم.

وفي الكتاب "محيل ومحتال ومحال عليه وديناان: ما يحال به وما يحال عليه وصيغة، فهذه [الستّة هي أركان الحوالة].

(لا تصح الحوالة إلا برضاء المحيل) أي: الذي يُحيلُ أحَداً **(وهو المستحَق عليه)** أي: الذي يستحقُّ المحتالُ عليه بالَدين **(و)** رضاء **(المحتال)** أي: الذي يقبل الحوالة حين يحيله المحيل **(وهو المستحق)** أي: الذي يستحق الدين- على الحوالة، وإنما اشترط رضاهما لوجهين:

أحدهما: أن المحيل والمحتال كالبائع والمشتري؛ لأنَّ الحوالة بيعُ دين بدين، جوَّزها الشارع للحاجة، ولاشكَّ أنَّ البيعَ لا يصحُّ بدون رضاء المتبايعين.

والثاني: أنه إذا لم يجب أداءُ الدين من جهة معينة ليتوجه إليها الحق وإن لم يرضَ صاحبُها- بل المديون مخير في الجهات- فلا بدَّ من رضائهما؛ لتعارض الجهات الأُخر.

وما يقال في التعليل: "إن حق المحتال في ذمة المحيل فلا ينقل إلى ذمة الغير إلا [برضاه]" ففيه نظر؛ لأن المقصود إيصالُه إلى حقه بأيِّ وجه كان، وإذا شرطنا رضاءهما فلا بد من لفظ يدل عليه من الإيجاب والقبول كما مرّ.

وفي قيام الاستيجاب من المحتال مقام القبول طريقان، الأصح: القطع بالقيام من غير طرد الخلاف[1].

(وهل يشترط رضاء المحال عليه؟) أي: الذي ثبت عليه دينُ المحيل **(فيه وجهان: أصحهما: لا يشترط)** رضاه؛ لأن لصاحب الحق أن يستوفى حقه بنفسه أو بغيره، و لا يتفاوت ذلك على من عليه الحق؛ لأنه مؤَدٍّ على أيّ وجه كان؟، مع أنه محلُّ تصرفه فلا يشترط رضاه كالعبد إذا بيع.

والثاني: يشترط رضاه؛ بناءً على أن الحوالة استيفاءُ حق وليس ببيع، [كأنَّ المحتال] استوفى ما كان له على المحيل، وأقرض المحالُ عليه المحيلَ، ويتعذر إقراضه بغير رضاه.

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٥٨).

(ولا تصح الحوالة على من لا دينَ عليه بغير رضاه)؛ لاستلزامه قضاءَ دين الغير قهراً، فيصير العدوان من وسائل الشرع، وهو شناعة[1] ظاهرة.

(وكذا برضاه في أصح الوجهين)؛ لأن الحوالة اعتياضٌ يقتضي العوض من الجانبين.

والثاني: يجوز برضاه؛ بناء على أن الحوالة استيفاء، ولا يشترط [في الاستيفاء] المعاوضة.

والخلاف في أن الحوالة بيعٌ أو استفاءٌ؟ مذكور في الشرحين: الكبير والصغير[2].

والأصح أنها بيع دين بدين جوِّزت للحاجة كما ذكرنا[3].

وإذا قلنا بالثاني فإذا قبِله فقبولُه ضمانٌ لدينه لا يبرأ به المحيل، بخلاف الحوالة الأصلية ،كما يأتي.

وقيل: يبرأ به؛ لأنه إذا صححنا فقد نزلناه منزلة الحوالة في الأحكام[4].

(ويجوز الحوالة بالديون اللازمة) أي: لا يمتنع الحوالة بها، لا أنه يجوز بغير اللازمة كما هو مقتضى الجواز، بل يشترط كونها لازمة **(وعليها)** أي: لا بُدَّ [من] أن يكون دين المحتال على المحيل لازماً، وكذا دين المحيل على المحال عليه؛ إذ [لو لم] يكن أحدهما لازماً لجاز إسقاطه قبل الاستيفاء، فتكون الحوالة لاغية.

وأراد باللزوم اللزومَ مع الاستقرار كما صرح به في موضع آخر[5]، فلا يورَد عليه دينُ السلم؛ فإنه لازمٌ لكن لا يجوز الحوالة به ولا عليه، واستدراكُ صاحب الروضة على المصنف بناءٌ على ظاهر اللفظ دون الإرادة، وإرادتُه معلومةٌ من التصريح بذلك في سائر كتبه[6].

---

(١) شناعة: معناه: الفَظاعَةُ، "شَنُعَ" الشيء شَناعة قَبُح. لسان العرب (٨/ ١٨٦) مادة: (شنع). قباحة. منه بهامش الخال (١٢٨)

(٢) رجح المصنف هناك أيضاً أنها بيع واستدل على ذلك بأدلة. ينظر: العزيز (١٠/ ٣٣٨).

(٣) ذكر ذلك قبل أسطر. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٢٠)، والبيان (٦/ ٢٨٣)، والمجموع (١٣/ ٤٢٤).

(٤) ينظر: فتح العزيز (١٠/ ٣٨٥)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٢٩).

(٥) مثلاً قال في العزيز: الديون اللازمة هي الديون المستقرة الثابتة في الذمة أو يكون مصيره إلى اللزوم والاستقرار. ينظر: العزيز (١٠/ ٣٤٠)، وينظر: المجموع (١٣/ ٤٢٦)، وكنز الراغبين (٣/ ٦٩).

(٦) روضة الطالبين (٤/ ٢٣١)، والعزيز (٨/ ٤٣٣-٤٣٤).

(اتفق سبب وجوبها) أي: وجوب [الديون] المحال بها وعليها، كالثمن من الطرفين، أو القرض، أو الإتلاف، **(أو اختلف؟)** كالثمن، والقرض، والأجرة، وبدل المتلف.

(ولا فرق فيها) أي: في الحوالة **(بين المثلي والمتقوم)** بأن كانا مثليين أو متقومين، لا إن كان أحدهما مثلياً والآخر [متقوماً] كما يوهَم من العبارة **(في أصح الوجهين)**؛ لأن المثليّ والمتقوم متساويان في ثبوتهما في الذمم، وتمس إلى الحوالة بهما حاجة الناس فيُغتفَر[1] في المتقوم احتمالُ تفاوت الحقوق؛ للضرورة.

(والثاني: تختص) الحوالة **(بالمثليّ)** بأن يكون المحال به وعليه مثليين كالحبوب، والثمار؛ ليتحقق مقصود الحوالة، وهو وصول المستحق إلى حقه من غير تفاوت.

وأجيب بأنّ ذلك محتمل للضرورة.

(وأظهر الوجهين: جواز الحوالة بالثمن في مدة الخيار بأن يحيل المشترى البائع) الطالبَ لاستيفاء الثمن **(على رجل)** عليه دينُ المشتري على أيّ وجه كان؟

(وعليه) أي: وعلى الثمن في مدة الخيار **(بأن يحيل البائع رجلاً)** يطلب [منه] حقَّه اللازمَ **(على المشتري)** ليستوفي من الثمن حقه؛ لأنه وإن لم يكن لازماً إلا أن الأصل فيه اللزوم؛ لأن الظاهر من العقود الجارية إتمامُها، والفسخ احتمالٌ لا يعارض الأصل.

والثاني: عدم الجواز؛ فإنه في معرض السقوط كسائر الديون الغير اللازمة.

(وأنه) أي: وأظهر الوجهين أنّه: **(لا يجوز أن يحيل السيد)** رجلاً طالباً منه حقه اللازم **(على المكاتب بالنجوم)**؛ لأن للمكاتب إسقاطَ النجوم متى شاء، فربما يسقطها قبل الاستيفاء وبعد الحوالة، فتبقى الحوالة لاغيةً في البين.

والثاني: الجواز[2] كالثمن في مدة الخيار.

وأجيب بأنّ مدة الخيار موقت بزمان يسير فيوشك انقراضه فيحسم باب التردد، بخلاف مدة النجوم.

---

(١) في ثلاث نسخ فيفتقر، وهو غير مناسب، والمناسب ما في نسخة بيارة ل (٢٧٤)، وهو: "فيُغتفر".

(٢) في (ج) "يجوز"

(وأنه) أي: والأظهر أنه **(يجوز أن يحيل المكاتب السيد)** على رجل عليه دين المكاتب ليأخذ منه عن النجوم؛ لأن دين المكاتب على الرجل المحال عليه لازم، وعند الكتابة من جانب السيد لازم، فلا مانع من الحوالة.

والثاني: أنه لا يجوز؛ لأن عقد الكتابة من جانب المكاتب غير لازم، فربما يفسخ الكتابة، فيكون حوالة السيد على ذلك الرجل حوالةً بدينه على دينه، وهو عبث.

(ولا بدَّ من العلم) أي: علم المحيل والمحتال **(بقدر ما يحال به)** وهو دين المحتال على المحيل **(وما يحال عليه)** وهو دين المحيل على المحال عليه، من كونهما عشرة أو أقل أو أكثر **(وبصفتهما)** من كونهما صحيحين أو مكسرين، وكذا سائر ما يختلف به الأغراض؛ لأن الحوالة في معنى البيع فيشترط العلم بكمية العوضين وكيفتهما، فلو جهلا هما أو أحدهما بطلت الحوالة.

(نعم) الأمر كما قلنا في العلم بصفة الدينين **(إلا في الحوالة بإبل الدية)** على غيره، بأن كان لزيد على عمرو دية، فطلب زيد من عمرو ما عليه من الدين، فأحال زيداً على بكر ليأخذ من بكر ما عليه من الإبل في ذلك الدية، سواء كانت الإبل التي لعمرو على بكر من جهة الدية، أو غيرها **(وعليها)** بأن يحيل رجل رجلاً على من عليه دية له، سواء كانت الإبل التي للمحتال على المحيل من جهة الدية أو غيرها **(قولٌ: إنها صحيحة)**، **[وجهُ]** ذلك القولِ؛ أنَّ إبلَ الدية معلومةُ الأسنان بحسب الشرع، ولا بدَّ من كونها غير معيبة، فكأنها موصوفة معروفة الصفة لديهما.

والصحيح المقابل له: البطلان؛ للجهل بصفاتها، وكونُها معلومة الاسنان [غير] معيبة لا يُغنى عن ذلك.

(ويشترط) بعد العلم بالقدر والصفة **(تجانسهما)** أي: كونهما من جنس واحد كالذهب على الذهب، والفضة على الفضة، والحنطة على الحنطة، والشعير على الشعير.

(وتساويهما في القدر) أي: قدر المحال به والمحال عليه، لا في أصل الدين حتى لو

كان دين أحدهما على الآخر ألفاً وله على آخر خمسمائة فأحاله[1] بمائة من ألف على مائة من خمسمائة يكونان متساويين، وهذا هو المراد حيث شرطوا التساوي.

(**فلا يحال بالدراهم على الدنانير**) [تفريعٌ] على اشتراط التجانس؛ وذلك لعدم تحقق المقصود من الحوالة، وهو وصول الحق إلى المستحق بلا تفاوت، وإن حصل في نفس الأمر، ألا يُرى أنه لو قال: "أحلتُك على فلان [بما لَك] عليّ"، وهما أو أحدهما لا يعرف ما على فلان كميةً وكيفيةً، فلا تصح الحوالة؛ لعدم تحقق الشرط حين الحوالة، وإن تحققت في نفس الأمر.

(**ولا بخمسة على عشرة وبالعكس**) [تفريعٌ] على اشتراط التساوي في القدر؛ وذلك لأن عقد الحوالة وُضعَ لإيصال الحق إلى المستحق ولم يوضع للمماكسة والمرابحة والمحاطة[2]، فلا يحتمل ذلك كالقرض.

(**والأصح**) من الوجهين (**أنه: يشترط أيضاً**) أي: كما يشترط تجانسهما وتساويهما قدراً (**تساويهما في الحلول والتأجيل**)، بأن كانا حالّين أو مؤجلين إلى أجل واحد، فإن اختلف الأجلان فهو كالحلول والتأجيل (**والصحة والتكسير، فلا يحال بالحال على المؤجل**)؛ لأنه يلزم منه إلحاق الأجل والأجل لا يلحق، (**وبالصحيح على المكسر**)؛ لأنَّ تركَ صفة حقِّه ليحيل رشوةٌ (**و**) لا (**بالعكس**)؛ لأن في الأول يلزم إسقاط الأجل، والأجلُ لا يُسقط كما لا يُلحق، وفي الثاني إجحافٌ بالمحيل.

والثاني: يصح بالمؤجل على الحالّ؛ لأن للمحيل أن يعجل ما عليه، وبالمكسر على الصحيح، ويكون متبرعا لصفة الصحة، بخلاف العكس فيهما؛ لما ذكرنا في تعليل الأصل، ففي إطلاق الخلاف من غير تعيين المختلف فيه والمتفق عليه نوع خفاء.

(**فصل**) في فائدة الحوالة وما يقع من الاختلاف بين المحيل والمحتال: (**يبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال، و**) يبرأ (**المحال عليه**) بالأداء (**عن دين المحيل**)، ولا يبقى المطالبة بين المحتال والمحيل، ولا بين المحيل والمحال عليه، (**ويتحول دين المحتال**)

---

(١) الخال (١٢٩)

(٢) سبق تعريف المماكسة في الحجر على الصبي، وتعريف المرابحة والمحاطة في كتاب البيع.

[أي:] الذي على المحيل (إلى ذمة المحال عليه)، فيكون بمنزلة المحيل، سواء قلنا: الحوالة بيع أو قلنا: إنها استيفاء؟؛ إذ لو لم يكن كذلك لبقي المطالبة بين المحتال والمحيل، كما يبقى بين المضمون له والأصيل، ولا قائل به.

(فلو أفلس [المحال عليه)] هذا تفريع للتحول المذكور، أي: فلو أفلس المحال عليه (أو مات، أو لم يمت و جحد الحق) وعجز المحتال عن إثباته، و حلف [أي:] المحال عليه (لم يرجع المحتال على المحيل)؛ لأن التحول كان برضاه، ولم يكن من المحيل تلبيس، فهو كما لو أخذ عوضاً عن دينه فتلف عنده.

قال العبادي[1] إنما يتصور مسألة الإنكار أن لو كان ثابتاً عليه عند الحوالة بالبينة، أو الاقرار ثم مات شهود الاصل أو الاقرار، ومات القاضي الذي ثبت عنده فأنكر الحق عند قاضٍ آخر، وإلا فهو كالحوالة على من لا دين عليه. هذا.

(ولو كان) [أي:] المحال عليه (مفلساً عند الحوالة و جهل المحتال) بإعساره (فإن لم يشترطا) أي: المحيل والمحتال (يساره) أي: المحالِ عليه (فلا رجوع له)، أي: للمحتال على المحيل؛ لأنه مقصرٌ بترك التفحص، فهو كما لوغبن في شري الأمتعة، فإنه لا يرجع على المغبون منه بالاتفاق، (وإن شرطاه) أي: يساره (فكذلك) لا رجوع له (على الأظهر) من الوجهين؛ [لأنَّ] شرط اليسار غير معتبر، وهو مقصر بترك التفحص، فهو كما لو أخدعه البائع في المماكسة والمساومة.

والثاني: له الرجوع؛ لأنه غرّه بشرط اليسار، وقد بان خلافه.

(وإن اشترى شيئاً بمائة وأحال المشتري البائع بالثمن على) رجل، (ثم وجد) المشتري

---

(١) العبادي، من الذين نقل عنهم الشارح، وهو إما أبو الحسن العَبّادي، وهو نجل أبي الحسين الشيخ محمد بن أحمد بن محمد القاضي، وهو صاحب كتاب "الرقم"، ت سنة (٤٩٥هـ) ﷀ.ينظر: طبقات الشافعية الكبرى (٣/ ٢٩٧)، رقم (٥٦٥)، وتهذيب الأسماء (٢/ ٤٩٩)، رقم (٧٦٦).

أو أبو الحسين العبادي: هو القاضي أبو عاصم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن عباد، تفقه على القاضي أبي منصور الأزدي بهراة، والقاضي أبي عمر البسطامي بنيسابور، له مؤلفات عدة منها: المبسوط، والهادي، والزيادات، وطبقات الفقهاء وغيرها، توفي ﷀ سنة (٤٥٨هـ). ينظر: طبقات الشافعية لأبي بكر المصنف (ص: ١٦١-١٦٢)، ووفيات الأعيان (٤/ ٢١٤).

(بالمبيع عيباً)، فرده المشتري على البائع، **(بطلت الحوالة في أظهر القولين)**؛ لارتفاع الثمن بانفساخ البيع، والحولة إنما هي بالثمن.

والثاني: لا يبطل؛ قياساً على ما لو استبدل عن الثمن ثوباً؛ فإنه لا يبطل برد المبيع، ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن.

ويستوي في جريان الخلاف ما لو كان ردُّ المبيع بعد قبضه أو قبله وبعد قبض المحتال الثمن من المحال عليه أم قبله، هذا هو المختار.

وقيل: إن كان الرد قبل قبض المبيع بطلت الحوالة بلا خلاف.[١]

وقيل: إن كان الرد بعد قبض المحتال المال لم تبطل قطعاً؛ لأنه قبَضه بإذن المشتري.[٢]

فلو رد البائع المال إلى المحال عليه لم يسقط مطالبة المشتري عنه، بل يجب عليه رده إلى المشتري و يأخذ حقه في ما قبضه.

ولا يجوز إبدال عينه، و يجب بدله لو تلف.

هذا التفصيل ذكره علاء الدين القونوى[٣]، لكن الأصح [ما ذكرنا].

(وإن أحال البائع رجلاً على المشتري ليقبض منه) الثمن بما عليه من دين **(ثم اتفق الرد)** أي: رد المبيع على البائع بعيب أو استحقاق **(فالصحيح)** من الطريقين **(أنها)** أي: الحوالة **(لا تبطل)** قولاً واحداً؛ لانتقال حق ثالث على الثمن، فهو كما لو اشترى فرساً بثوب وقبض الفرس و باعه بثالث، ثم وجد البائع بالثوب ـ الثمن ـ عيباً فرده إلى المشتري لا ينفسخ البيع الثاني؛ لئلا يبطل حق الثالث.

والطريق الثاني: طرد القولين: الأظهر البطلان.

---

(١) ينظر: المجموع شرح المهذب (١٢/ ٢٠٥)، وحاشيتا قيلوبي وعميرة (٢/ ٤٠٢).

(٢) نسب الإمام النووي هذا القول في الروضة إلى العراقيين والشيخ أبي علي. ينظر: الروضة (٤/ ٢٣٤).

(٣) الشيخ علاء الدين علي بن إسماعيل بن يوسف القونوي، قاضي القضاة، من شيوخه ابن دقيق العيد، ومن مؤلفاته : شرح الحاوي الصغير للقزويني، ومختصر منهاج الحليمي، وشرح التعرف على مذاهب أهل التصوف، ومختصر المعالم في الأصول، انتفع به أهل مصر، أقام بالقاهرة ثلاثين سنة، ثم ولي قضاء الشام، وأقام بها دون عامين ثم توفي سنة (٧٢٩هـ). ينظر: طبقات الشافعية الكبرى (٥/ ٣١) رقم الترجمة (١٣٨٨)، والمعجم المختص بالمحدثين للذهبي (١/ ١٦٢).

والثاني: عدم البطلان، وإذا قلنا بالصحيح فلا فرق بين أن قبَض المحتال المال أم لا، فإن كان الرد بعد القبض رجع المشتري على البائع بما غرم، وإن كان قبله فهل له الرجوع عليه قبل الغرامة أم لا يرجع الا بعد الغرامة أي: القبض منه؟ فيه وجهان حكاهما المصنف في الكبير وصحح منها الثاني[1].

(**ولو باع عبداً و أحال**) أي: البائع رجلاً (**على المشتري بالثمن، ثم تصادق المتبايعان والمحتال**) أي: وتصادق المحتال معهما (**على حريته**)، بأن قال أحدهم: إنه حر فصدقه الآخران، [وهذا] هو معنى التصادق، (**أو قامت بينة**) على حريته حسبة، -فإن شهادة الحسبة مقبولة في الرقاب- أو أقامها العبد، ويشترط في كلا الصورتين أداء الشهادة عند القاضي، و قيل: يكفي الأداء عندهم؛ لأن الحق لهم (**بطلت الحوالة**)؛ لأنه لم يكن على المشتري ثمنٌ؛ لتحقق بطلان البيع، فإن أخذ المحتال من المشتري شيئاً ردَّه عليه، وإلا لم يأخذه، ويبقى حقه على المحيل كما كان، وهو الظاهر.

(**وإن لم يصدّقهما**) أي: المتبايعين المحتالُ في قولهما بحرية العبد (**ولم تقم بينة**) حسبة، ولا أقامها العبد -وإقامة المتبايعبن لا يفيد؛ لتضمن دخوله في البيع كذبهما- (**فلهما**) أي: المتبايعين (**تحليف المحتال على نفي العلم**) بالحرية؛ إذ قد يعلم ذلك ويكتمه، ويُظهر عند عرض اليمين عليه (**فإن حلف**) على نفي العلم (**بقيت الحوالة في حقه**)؛ لأنه لم يتحقق عنده ما يبطل حقه (**حتى يأخذ المال من المشتري**)؛ توفيراً لحقه الذي لم يبطل، ثم إذا أخذ المال من المشتري فالمشتري إلى من يرجع؟ أيرجع على البائع المحيل، أم على المحتال؟ فيه وجهان: أحدهما وهو المختار عند البغوي وتابعيه: أنه لا يرجع على البائع؛ لأن المحتال هو الذي ظلمه، والمظلوم لا يرجع إلاّ على الظالم.

والثاني وهو الصحيح عند الشيخ أبي حامد و ابن كج وأبي علي، واختاره المصنف في الصغير: أنه يرجع على البائع؛ لأنه قبض دينه بإذنه، وعلى هذا ففي الأنوار أنه لا يرجع قبل قبض المحتال منه[2].

---

(١) العزيز (١٠/ ٣٤٧).

(٢) العزيز (١٠/ ٣٥٠)، والأنوار لأعمال الأبرار، طبع مطبعة مصطفى محمد بمصر (١/ ٣١٠).

وفي الزاد أنه يجوز قبله، كما يجوز بعده واختاره أبو علي[١].

(ولو اختلف المستحق والمستحق عليه) - ولم يقل: "المحيل والمحتال"؛ تحاشيا عن الكذب على تقدير[٢] - (فقال المستحق عليه) للمستحق بعد قبض المال، أو قبله: (وكلتك بقبض المال لي) فإن قَبَضتَه فادفَعهُ إليّ، وإن لم تقبضه فخلِّه أو خذه لي (وقال الآخر) أي: المستحق: بل أحلتني عليه، فانتقل حقي إلى ذمته (فالقول قول المسحق عليه مع يمينه)؛ لأنه أعلمُ بقصده، والأصل بقاءُ الحقين، و عدمُ الحوالة، والأصل لا يزال الا بيقين.

(وكذا الحكم) أي: القول قول المستحق عليه- (لو اتفقا على جريان لفظ الحوالة: بأن قال) المستحق عليه: (أحلتك بمائة على فلان، وقال: أردتُ التوكيلَ، وقال الآخر) [أي: المستحِق]: (بل الحوالةَ- عند أكثر الأصحاب)؛ إذ التوكيل إحالةٌ، فاللفظ يحتمله مع استصحاب الأصلين: عدمِ الحوالة، وبقاءِ الحقين.

والأقل قائلون بتصديق المستحق بيمينه؛ لدلالة لفظ الحوالة على صدقه، وإبقائه على الحقيقة الشرعية، فإنه لا يناوَل الوكالة بها[٣].

وقوله: "بأن قال: أحلتك على فلان" تنصيصٌ على محل الخلاف، حتى لو قال: أحلتك بالمائة التي لك عليّ على فلان [ثم اختلفا] فالمُصَدَّق المستحق بلا خلاف؛ لأن هذا اللفظ لا يحتمل إلا حقيقةَ الحوالة.

وإذا حلف المستحق عليه في الصورتين بطلت الحوالة، وانعزل المستحق عن الوكالة بإنكاره، فليس له القبض بعد ذلك، وإن كان قد قبَض المال قبل [حلف] المستحق عليه برئ المسلط عليه بالدفع إليه؛ لأن المدفوع إليه إما وكيلٌ أو محتالٌ، وبكلا الطريقين يبرأ، ثم وجب على الآخذ تسليمه إلى الحالف، ويبقى حقُّه عليه كما كان.

(١) يقصد الشارح أبا علي السنجي، والزاد أو زاد المسير في الفقه، كتاب ينقل عنه الشارح أحياناً وفي بعض المواضع ينسبه إلى الإسفراني، ولا يوجد اسم الكتاب ولا ترجمة المؤلف في فهارس الكتب التي حصلنا عليها. وينظر: العزيز (١٠/ ٣٤٧).

(٢) لأنه على تقدير تصديق المستحق عليه ليس أحدهما محيلاً ولا الآخر محتالاً.

(٣) أي: لا يقصد الوكالةُ بالحوالة في عرف الشرع.

(**ولو قال المستحَقُّ عليه**) بعد تسلط المستحِقِّ على المأخوذ منه: (**أحلتُك عليه**) فشأنك به (**وقال الآخر: بل وكَّلتني عليه**) لأقبض ما لك عليه (**فالقولُ قولُ الآخر مع يمينه**) استصحاباً للأصل، وهو ثبوتُ حقه وبقاؤه عليه، وإذا حلف اندفعت الحوالة، ويأخذ حقَّه من الآخر.

وهل يرجع به الآخرُ على المحال عليه؟ فيه وجهان:

أرجحُهما عند أبي القاسم بن كج: أنه يرجع عليه.

والثاني: لا يرجع، وبه قال المصنف وتابعوه، مؤاخَذاً بإقراره بالحوالة[1].

---

(١) العزيز شرح الوجيز (١٠/ ٣٥٣)، و ط العلمية (٥/ ١٤١)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٣٧).

بفضل الله وتوفيقه تم تحقيق كتاب الحوالة من الوضوح والتعليق عليه مع الإفادة من تحقيق الدكتور حسن محمد البشدري، وهذه الحصة تنتهي في المخطوطة (٢٨٣) في اللوحة (٠٠٠٧١)، وفي المخطوطة (٣١٧٢) في اللوحة (٤٨١) وفي المخطوطة (٢٧٢٦) في اللوحة (٦٢)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة المرقمة ٦٥٦في اللوحة: (٢٧٥) وفي مخطوطة مكتبة الخال في اللوحة: (١٣١)،)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات من اللوحة (٦٤٣٦) ظ.. ويليه بإذن الله تعالى تحقيق كتاب الضمان.



كتاب الضمان [1]

وهو التزام ما لم يلزم، لغةً؛ يقال: ضمن فلانٌ، أي: التزم ما لم يلزمه.

والتزام ما في ذمّة الغير من الدّين، شرعاً.

الأصل في الكتاب[2] ما روى النسّائيّ وابن حبّان على شرط الشّيخين[3]: «**عن رسول اللهﷺ أنّه قال: الزّعيم غارمٌ**[4]، أي: [الضّامن]، سمّي زعيماً؛[5] لأنّه يملك بالضّمان دفع المضمون له عن الأصيل[6]. والزّعيم: هو مالك الأمر لغةً، ولذا سمّي الرّياسة زعامةً.

***

(١) يشتمل هذا الجزء على كتاب الضمان من الوضوح.
وهذه الحصة تبدأ في المخطوطات التي تنتهي فيها كتاب الحوالة.

(٢) أي في كتاب الضمان.

(٣) اعلم أن البخاري لم يوجد عنده تصريح بشرط معين وإنما أخذ ذلك من تسمية الكتاب والاستقراء من تصرفه. ينظر: توجيه النظر إلى أصول الأثر (١/ ٢٢٠)، (١/ ٢٢٢). قال الشيخ الإمام ابو عمرو بن الصلاح: شرط مسلم - ﷺ في صحيحه أن يكون الحديث متصل الإسناد و بنقل الثقة عن الثقة من أوله إلى منتهاه سالماً من الشذوذ والعلة، قال: وهذا حد الصحيح، ينظر: شرح صحيح مسلم للنووي (١/ ١٦). ثم إن العلماء قالوا بأن شرط البخاري هو ثبوت اللقاء مع المعاصرة حتى يحكم للسند المعنعن بالأتصال. ينظر: منهج الإمام البخاري في تصحيح الأحاديث وتعليلها (١/ ١٦٢).

(٤) لم أجده في السنن الكبري ولا في صحيح ابن حبان، وهو في مسند أحمد ط الرسالة، رقم (٢٢٢٩٥)، رقم (٢٢٢٩٤)، وحسنها محققوه، وفي سنن ابن ماجه، رقم (٢٤٠٥)، وصححه الألباني.

(٥) والزّعيم: الكفيل، والغارم: الضّامن.. لسان العرب (١٢/ ٢٦٦)

(٦) ألأصيل: هو المضمون عنه أي الذي عليه دين المضمون له.

الضامن[1] وشروطه

(ويشـترط في الضّامـن) أي: الملتـزم الَّذي[يلتـزم] ديـن الأصيـل على[ذمّتـه](أن يكـون صحيح العبارة رشيداً) أي: في حالـة رشـده؛ إذ لا تكفـي صحّـة العبارة[2] وحدها؛ وإلاّ لصحّ ضـمان الصّبـيّ المميّز والسّفيه.

(فلا يصحّ ضـمان الصّبـيّ) مميّزاً أو غير مميّزٍ (والمجنون[3]؛ إذ لا إعتبار بأقوالهما مع أنّهـما غـير رشـيدين؛ إذ الرّشـد لا يكـون الاّ بالبلـوغ والعقـل (والمغمى عليـه) والمـراد بـه: مـن يتكلّـم بـما لا يعـرف مقاصـده؛ إذ لا يصـدر عنـه عـن رويـةٍ[4] كمـن يتكلّـم وهـو نائـمٌ، وذلـك قـد يكـون لشـدّة المـرض، وقـد يكـون لغلبـة دهشـته[5]، وأغلـب مايكـون[6] في[البحـران المسبع][7] عنـد ظهـور العـرق (والمحجـور عليـه بالسّـفه)؛ لأنـه وإن صحّـت عبارتـه لكنّه غير رشـيدٍ، وقد شرط إجتماعهما[8].

---

(١) أركان الضمان خمسة: المضمون عنه والمضمون له والضامن وألحق المضمون والصيغة. ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٤٦٧).

(٢) [العبارة] هي النظم المعنوي المسوق لـه الكلام. ينظر: التعريفات (٨٣). ولم يذكر الإمام النووي "صحة العبارة" في المنهاج، لأنه رأى دخوله في الرشد ... فلهذا حذفه. ينظر: النجم الوهاج (٤/ ٤٨٢). و قال إبن حجر الهيتمي: فلا يرد على عبارته – أي: عبارة الإمام النووي في المنهاج، شرط الضمان الرشد – شيءٌ، خلافاً لمن أورد ذلك كله عليها، ثم قال: كان ينبغي له أن يزيد و الاختيار و أهلية التبرع و صحة العبارة. ينظر: حواشي الشرواني وابن قاسم (٦/ ٦١٤).

(٣) المجنون لا يصح ضمانه، وهو من لم يستقم كلامه وأفعاله، فالمطبق منه شهرٌ عند أبي حنيفة ﷺ؛ لأنه يسقط به الصوم، وعند أبي يوسف أكثره يومٌ؛ لأنه يسقُط به الصلوات الخمس، وعند محمد حولٌ كامل. التعريفات (١١٢).

(٤) الروية: التفكر في الأمر، جرت في كلامهم غير مهموزةٍ. ينظر: صحاح اللغة (٤٣٩).

(٥) دهش الرجل بالكسر يدهش دهشاً: تحيّر. ينظر: صحاح اللغة (٣٥٨).

(٦) أي الإغماء و الكلام بما لا يعرف مقاصده.

(٧) الأطبّاء يسمّون التغير الذي يحدث للعليل دفعةً في الأمراض الحادّة بحراناً، والبحران المسبّع يعرفه الشارح في كتاب الوصايا فيقول: الحمّى المطبقة الّتي تطبق الأيّام ما دامت من غير انقطاع، وهي الّتي تمكن في داخل الجوف، ويكون ظاهر البدن ثقيلاً منها مرتضخاً بسخونة قليلةٍ، وتكون كذلك إلى سبعة أيّامٍ غالباً، ثمّ تثور بحرارةٍ كالنار تطبخ البدن جميعاً.

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦١)، وبحر المذهب (٨/ ١٠٣)، والتهذيب (٤/ ١٨٥).

ثمّ على عبارة المصنّف مؤاخذةٌ[1]؛ إذ يرد على طردها[2] المكره[3] والمكاتب بغير إذن السيّد، فإنّ ضمانهما غير صحيح، مع كونهما رشيدين صحيحي العبارة[4]، فلا بدّ من زيادة قيد الاختيار وأهليّة[5] [التّبرّع][6].

وعلى عكسها[7] السّكران المتعدّي[8]، ومن سفه بعد ما بلغ رشيداً وقلنا: إنّ الحجر لا يعود بنفسه ولم يحجر عليه؛ فانّه يصّح ضمانهما مع أنّهما ليسا برشيدين[9].

والجواب عن الأوّل[10]: أنّ عدم [صحّة] ضمان المكره ليس لكونه رشيداً[أو غير رشيدٍ]، بل لمعنىً آخر لا يتعلّق بالقاعدة[11]، ولإن سلّمنا فلا نسلّم أنّ المكره رشيدٌ في

---

(١) آخذ الرّجل: عاتبه، لامه وعابه، معجم اللغة العربية المعاصرة: (١/ ٦٩)، والمؤاخذة هنا: جرح العبارة ونقدها.

(٢) الطرد هنا هو التلازم في الثبوت، والإطراد: هو أنه كلما وجد الحد وجد المحدود، فلا يدخل فيه شئٌ ليس من أفراد المحدود، فهو بمعنى طرد الأغيار فيكون مانعاً. ينظر: التعريفات (٨٠) ومعجم مقايس اللغة (٦١٢)، وإرشاد الفحول (١٣).

(٣) وكذا لا يصح ضمان الأخرس الذي لا تفهم إشارته ولا يحسن الكتابة، والنائم؛ فإنهم رشد، ولا يصح ضمانهم. حاشية السيد عارف.

(٤) النجم الوهاج (٤/ ٤٨٢) و حاشية ابن قاسم (٦/ ٦١٤).

(٥) ومعنى الأهلية الصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، والتبرع التطوع بالشئ من غير وجوب. معجم مقاييس اللغة (١٠٥)، والقاموس المحيط (٣/ ٤) عليه فأهلية التبرع: هنا صلاحيته للتفضل بما ينفع الناس.

(٦) تبع المصنف الشارح الغزالي في الوجيز (١٤٩) والوسيط (٣/ ٢٣٥) والإمام البغوي في التهذيب (٤/ ١٨٥) أما عدم ذكر الرافعي لأهلية التبرع فراجع إلى اعتباره الضمان إقراضاً لا تبرعاً. ينظر: العزيز (١٠/ ٣٦٠)، والروضة (٣/ ٤٦٩).

(٧) والعكس في إصطلاح الفقهاء: عبارةٌ عن تعليق نقيض الحكم المذكور بنقيض علته المذكورة، رداً إلى أصلٍ آخر، كقولنا: ما يلزم بالنذر يلزم بالشروع كالحج، وعكسه: ما لم يلزم بالنذر لم يلزم بالشروع، فيكون العكس على هذا ضد الطرد وهو التلازم في الانتفاء بمعنى كلما لم يصدق الحد لم يصدقَ المحدود. ينظر: التعريفات (٨٧).

(٨) أي: السكران بمعصية، قال النووي: فأما السكران بمباح فكالمجنون. الروضة (٣/ ٤٦٩).

(٩) وكذا من فسق، فإنهم يصح ضمانهم وليسوا برشداء.حاشية سيد عارف (٢).

(١٠) أي: الإيراد على طرد العبارة التي يرد عليها المكره و المكاتب جوابه: وليس في العبارة كل رشيد يصح ضمانه، والمراد بالرشيد غير المحجور عليه، والفاسق في حكم الرشيد. ينظر: حاشية السيد عارف (٢).

(١١) والمقصود هنا قاعدة الإيراد على الطرد والعكس.

حالـة الإكـراه؛ لأنّـه غـير مكلّـفٍ[١] بدفـع مـا يكـره عليـه ، ولذا[٢][تجوز]مباشرتـه[٣].

وأمّـا المكاتـب؛ فلأنّـه اكتفـى بـما يجيء مـن حكـم ضـمان العبـد؛ إذ المكاتـب عبـدٌ مـا بقـي عليـه درهـمٌ[٤].

وعـن الثّـاني[٥]: أنّ ضـمان السّـكران المتعّـدي ليـس مـن جهـة الأهليـة [٦]، بـل أفتـى العلماء بصحّـة مـا يـضرّه؛ زجـراً عليـه[٧]، فهـو مسـتثنىً عـن القاعـدة[٨].

ضمان السفيه بعد الرشد

وإنّ السفه بعد الرّشد حكمه مختلفٌ فيه ، فقائلٌ [بجوازه]، وقائلٌ بمنعه[٩] .-

ـ وقائـلٌ يقـول: السّـفه الطّـارئ بعـد الرّشـد فسـقٌ [١٠]، وليـس بسـفهٍ حقيقـةً؛ لسـبق الرّشـد، فلـم يلتفـت المصنّـف رحمـة الله تعـالى عليـه، ولم يعبـأ[١١] [بـه]؛ لكثـرة الاختـلاف فيـه.

***

حكم ضمان المحجور عليه بالفلس

(وضـمان المحجـور عليـه بالفلـس كـشراه) فـلا يصّـحّ بالدّيـون الحالّـة قطعـاً، وفي المؤجّلـة

---

(١) أي لأن المكره غير مكّلف، وغير المكلّف ليس رشيداً، فلا يكون المكره رشيداً. ينظر: حاشية السيدعارف (٢).

(٢) أي: لكونه غير مكلّف، يجوز مباشرته ما أكره عليه. ينظر: حاشية السيدعارف (٢).

(٣) مباشرة الأمور: أن تليها بنفسك. ينظر: معجم صحاح اللغة (٩٢) والقاموس (١/ ٣٨٦) .

(٤) ينظر : بحر المذهب (٨ / ١٠٣).

(٥) أي الجواب عن الوارد الثاني على عكس العبارة.

(٦) حتى يجتمع فيه الضدان. ينظر: حاشية السيدعارف (٢).

(٧) ينظر: الحاوي (٦/ ٤٦١)، والعزيز (١٠/ ٣٦٠)، والروضة (٣/ ٤٦٦)، والأشباه والنظائر، الكتاب الرابع (١/ ٣٨٦).

(٨) أي: قاعدة عكس العبارة.

(٩) واحترز عن المحجور عليه لسفه؛ فلا يصح ضمانه مطلقاً، لأنه تبرع. ينظر: الأنوار (٤/ ٤٨٣) و (١/ ٤٦٤).

(١٠) والفاسق في حكم الرشيد. ينظر: حاشية السيد عارف (٢).

(١١) وما عبأت بفلان عبأ، أي: ما باليت به. ينظر: معجم صحاح اللغة (٦٦٣).

كشراه في الذّمة، ففيه الخلاف المارّ هناك[1]، والصّحيح صحّته[2].

حكم ضمان العبد

(**وأصّح الوجهين، أنّه لا يصّحّ ضمان العبد بغير إذن السّيد**)[3] سواءٌ كان مأذوناً له في التّجارة، أو لم يكن[4]؛ لأنّ الضّمان التزام المال، وهو محجورٌ فيه لحقّ السيّد (**ويصحّ**) ضمانه (**بإذنه**)؛ إذ المنع، إنّما هو لحقّ السيّد، فإذا أذن[5] له زال المنع؛ لرفع الحجر عنه بالإذن[6].

والثّاني: يصّحّ بغير إذنه أيضاً؛ إذ لا ضرر [على السّيّد] فيه؛ لتعلّقه بذمّته فيطالب به بعد العتق[7].

والخلاف فيما إذا لم يكن مبعّضاً، ولم يكن بينه وبين سيّده مهايأة[8] فإن كان مبعضاً[9] وكان بينهما مهايأةٌ فضمن في نوبته جاز بغير إذن السيّد بلا خلافٍ[10].

---

(١) أي مراجعة الخلاف المار في شراء المحجور عليع بالفلس، في باب البيع، من الوضوح.

(٢) ينظر: الحاوي (٦/ ٤٦١) و المهذب (٣/ ٣١٢) و بحر المذهب (٨/ ١٠٣) و التهذيب (٤/ ١٨٥) والنجم الوهاج (٤/ ٤٨٢) و الأنوار (١/ ٤٦٤) و حواشي الشرواني و إبن قاسم (٦/ ٦١٣).

(٣) وعدم صحته، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه النكاح، فإن قيل: خلع الأمة بغير إذن سيدها صحيح، ويثبت به المال في ذمتها، فما الفرق بين الخلع والضمان؟ قلناالفرق: أن الضمان لاضرورة إليه، وأما الخلع فقد تحتاج إليه الأمة لسوء معاشرة الزوج لها، ينظر: حاشية السيد عارف (٢).

(٤) ينظر: الحاوي للماوردي (٦/ ٤٥٧) والمهذب (٣/ ٣١٢)، وبحر المذهب للروياني (٨/ ١٠٠) وحلية العلماء (٥/ ٤٩). و التهذيب (٤/ ١٨٥)، والعزيز (١٠/ ٣٦١)، وروضة الطالبين (٣/ ٤٧٠)، و حواشي الشرواني (٦/ ٦١٥) ... إنتهى. وخلاصة القول: أن عدم الصحة راجعٌ إلى أنه عقدٌ تضمن إيجاب مال، فلم يصح منه بغير إذن المولى كالنكاح، و الصحة يعود إلى أنه لا ضرر فيه على المولى، لأنه يطالب به بعد العتق، فصح منه كالأقرار بإتلاف ماله.

(٥) اي: السيد بعد علمه بقدر ما يضمن، لأن التعلّق بماله ينظر: حاشية السيد عارف (٢).

(٦) ينظر: المهذب (٣/ ٣١٢)، وبحر المذهب (٨/ ١٠٠)، والوسيط (٣/ ٢٣٥)، والتهذيب (٤/ ١٨٦).

(٧) وهو قول إبن أبي هريرة. ينظر: الحاوي (٦/ ٤٥٧)، وبحر المذهب (٨/ ١٠٠)، والوجيز (١٤٩)، والوسيط (٣/ ٣٤٥)، وحلية العلماء (٥/ ٤٩)، والتهذيب (٤/ ١٨٦)، والعزيز (١٠/ ٣٦١).

(٨) المهايأة: قسمة المنافع على التعاقب والتناوب. التعريفات (١٣٠).

(٩) المبعض: هو العبد الذي أعتق بعضه فقط. ينظر: الأشباه والنظائر، الكتاب الرابع (١/ ٤١٣).

(١٠) ينظر: التهذيب (٤/ ١٨٦-١٨٧)، و العزيز (١٠/ ٣٦٢)، والروضة (٣/ ٤٧١).

(ثمّ) [إن] قلنا: إنّه يصحّ بإذنه (إن عيّن) [أي:] السيّد (للأداء كسبه) أي: ما يكسبه[١] من المال (أو ما في يده) من رأس المال(للتّجارة أو مالاً آخر) من أمواله (قضى)[٢][أي:] العبد المضمون به (منه) أي: ممّا عيّنه[٣].

[وإلاّ] أي وإن لم يعيّن[٤]، قال في الرّوضة: [لم يأذن] [في]الأداء بأن اقتصر على الإذن في الضّمان[٥] (فالأظهر) من أربعة أوجهٍ: (أنّه إن كان مأذوناً له في التّجارة، فيتعلّق) الضّمان (بما في يده للتّجارة [أو] بما يكسبه بعد الإذن) كالاحتطاب[٦] والاحتشاش[٧]؛ لأنّ [إطلاق] الإذن عند وجود المال في يده وقدرته على الكسب [ينصرف] على ذلك بقرينة[٨] ظاهر الحال.

(وإلاّ) أي: وإن لم يكن مأذوناً[٩] (فتتعلّق) غرامة[١٠] الضّمان (بما يكتسبه بعد الإذن)؛ لأنّه المتبادر [عليه] عند عدم كونه مأذوناً.

والثاني: يتعلّق بذمّته مأذوناً، أوغير مأذونٍ، فيطالب به بعد العتق؛ لأنّ السيّد إنّما أذن له في الضّمان دون الأداء.

والثالث: يتعلّق بما يكسبه بعد الإذن في الضّمان إن كان مأذوناً في التّجارة، ولا يتعلّق بما في يده رأس [مالٍ] وربحاً، وبذمّته لو لم يكن مأذوناً له في التّجارة.

---

(١) قوله: "أي: ما يكسبه" يشير إلى أن كسبه بمعنى مكسوب، كالخلق بمعنى المخلوق، وذلك التعيين في إذنه عند الضمان لا بعده؛ إذ لا يعتبر تعيينه حينئذ كما هو ظاهر الحال. حاشية السيد عارف (٣).

(٢) أي: أدّى، تقول قضيت ديني. ينظر: معجم صحاح اللغة (٨٦٧) و القاموس (٤/ ٣٨١).

(٣) أي: عملاً بتعيينه، نعم، إن قال له: اضمن في مال التجارة، وعليه دين، وحجر القاضي عليه، بإستدعاء الغرماء، لم يؤد مما في يده، لأن تعلق حق الغرماء سابق. ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي (٥/ ٢٤٥)، و مغني المحتاج (٣/ ٢٠٠).

(٤) أي: وإن لم يعين، لا المكسب ولامال التجارة ولاآخر.

(٥) لفظه: " وإن اقتصر على الإذن في الضّمان. الروضة ط المكتب الإسلامي (٤/ ٢٤٣).

(٦) الحطب معروفٌ، تقول منه: حطبت واحتطبت: إذا جمعته. ينظر: معجم صحاح اللغة (٢٤٣).

(٧) والحشيش ما يبس من الكلأ. وأحتشش الحشيش طلبه وجمعه الصحاح (٢٣٧) والقاموس (٢/ ٢٧٩).

(٨) القرينة في ألإصطلاح: أمرٌ يشير إلى المطلوب، وهي إما حاليةٌ، أو معنويةٌ، أو لفظيةٌ. التعريفات (٩٧).

(٩) أي في التجارة.

(١٠) الغرامة: مايلزم أداؤه. ينظر: معجم الصحاح (٧٧٣) والقاموس المحيط (٤/ ١٥٨)

والرابع: إن كان مأذوناً، يتعلّق بما يكسبه وبالرّبح، لا برأس المال، وإلاّ يتعلّق برقبته[(١)].

وفيه وجهٌ خامسٌ ذكره **أبو علي**: وهو عدم الصّحة رأساً إذا لم يعيّن السيّد عند الإذن جهة الأداء.

***

المضمون له وشرطه

(وأصح الوجهين، أنّه يشترط معرفة المضمون له) أي مستحقّ الدّين على الأصيل، أي: يشترط أن يعرفه الضّامن، لا بالأوصاف [والرّفع في النّسب، بل] بالمعاينة والتفرّس فيه[(٢)]؛ لإختلاف النّاس في تقويم[(٣)] الأموال وأخذها، وبالطّباع[(٤)] خشونةً وليناً، [وفي] استيفاء الحقوق غلظة وسهلاً وغير ذلك، وذلك ممّا يختلف به الأغراض[(٥)].

والثّاني: لا يشترط [(٦)]؛ لانّ الضّامن توطّن[(٧)] نفسه على الاداء، فيؤدّي الحقّ ولا يبالي بذلك[(٨)].

(وأنّه) أي: والأصحّ من ثلاثة أوجهٍ - إذا قلنا باشتراط المعرفة - أنّه **(لا يشترط قبوله ولا رضاه)**؛ لأنّ الغرض وصول الحقّ إليه[(٩)]، ولا يختلف ذلك بالضّامن والأصيل، بل إذا أدّى

---

(١) أي: وإن لم يكن مأذونا فيتعلّق برقبته، والرقبة: مؤخر أصل العنق وتعني الذمة: ينظر: الصحاح (٤٢١)، والقاموس (١/ ٧٧).

(٢) الفراسة بالكسر في اللّغة الفارسية: العلم عن طريق التّأمّل والنظر، والتفرّس هو العلم بطريق العلامة. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم (٢/ ١٢٦٥)والتفرّس: تدقيق النظر في الأحوال.

(٣) التقويم: التثمين. ينظر: القاموس (٤/ ١٧٠).

(٤) الطباع: مفرده، طبع و الطبع بالسكون، الجبلّة التي خلق الأنسان عليها. التعريفات (٨٠).

(٥) والغرض: هو المقصود بالقول أو الفعل بإضمار مقدّمة، ولهذا لا يستعمل في الله، "غرضي بهذا الكلام كذا" أي: هو مقصودي. الفروق اللغوية للعسكري (ص: ٣٥)، وينظر للمسألة: المهذب (٣/ ٣١٣)، وبحر المذهب: (٨/ ٧٤)، وحلية العلماء (٥/ ٥٣)، والتهذيب (٤/ ١٧١)، والعزيز (١٠/ ٣٥٩)، والروضة (٣/ ٤٦٨).

(٦) لظاهر الآية (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولحديث قتادة السابق.

(٧) توطّن: تمهّد، وتوطين النفس على الشئ كالتمهيد. ينظر: معجم مقاييس اللغة (١٠٥٦).

(٨) ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٣٣)، والمهذب (٣/ ٣١٣)، وبحر المذهب (٨/ ٧٣).

(٩) ينظر: المهذب (٣/ ٣١٣)، و الوسيط (٣/ ٢٣٤)، والتهذيب (٤/ ١٧١)، والعزيز (١٠/ ٣٥٩)، و الروضة (٣/ ٤٦٨)، والنجم الوهاج (٤/ ٤٨٦)، والأنوار (١/ ٤٦٤).

إليـه الضّامـن بشرائطـه لزمـه القبـول ، فـإن لم يقبل أجـبره[١] الحاكـم عليه.

والثّـاني: يشـترطان، أي: الرّضـاء أولاً، ثـمّ القبـول لفظـاً؛ لئـلاّ يـؤدّي إلى[منازعـة] يحتـاج في دفعهـا الى الحاكـم[٢].

والثّالـث : يشـترط [أي:] الرّضـا دون القبـول لفظـاً؛ إذ ذاك ليـس بمنزلـة[٣] العقـود، فيكفـي مجـرّد الرّضـا[٤].

وإذا قلنـا باشـتراط القبـول فتأخـيره عـن الرّضـا بقـدر مـا ينقطع[به]الإيجـاب عـن القبـول في سـاير العقـود يبطلـه[٥].

المضمون عنه

(وأنّـه) أي: والأصـحّ - لكـن مـن الوجهـين -[٦] أنّـه **(لا يشـترط معرفـة المضمـون عنـه)** وهـو: مـن عليـه الدّيـن الّـذي يضمـن بـه، ولجـواز أداء ديـن الميّـت والغايـب، ولا يزيـد وجـوده مـع عـدم معرفتـه عـلى عدمـه بالكلّيـة[٧].

والثّاني: يشـترط؛ ليعـرف أنّـه هـل [يسـتحقّ] الإحسـان إليـه واصطنـاع معـروف لـه؛ كـيلا يسـمع بعـد الضّـمان مسـاوئ أفعالـه فينـدم عـلى مافعـل[٨].

---

(١) أجـبره: أكرهـه ، أجـبرت فلانـاً عـلى الأمـر: أكرهته عليـه، ولا يكـون ذلـك إلا بالقهر وجنسٍ من التعظم عليه. ينظـر: معجـم مقاييـس اللغـة (٢١٦)، و صحاح اللغـة (١٥١)، و القامـوس (١/ ٣٩٩).

(٢) ينظـر: المهـذب (٣/ ٣١٣)، والوسـيط (٣/ ٢٣٤) ، وحليـة العلـماء (٥/ ٥٢)، والعزيـز (١٠/ ٣٥٩)، و روضـة الطالبـين (٣/ ٤٦٨)، والنجـم الوهاج (٤/ ٤٨٦).

(٣) المنزلة: المرتبة، ينظر: معجم صحاح اللغة (١٠٣٤).

(٤) ينظـر: البحـر (٨/ ٧٥)، والروضـة (٣/ ٤٦٨) ، وقـال الدمـيري: و الثالـث: لا يشـترط القبـول بـل الرضـا؛ لأن الضـمان تجـدد لـه سـلطنةٌ، و تمليك الشـخص شـيئاً بغير رضـاه بعيدٌ. ينظر: النجـم (٤/ ٤٨٦).

(٥) ينظر: النجـم الوهـاج (٤/ ٤٨٦)، و الروضـة (٣/ ٤٦٨)، والعزيز ط العلمية (٥/ ١٤٥).

(٦) إسـتدراك لمـا يتوهـم أن مـا قبلـه كان مـن ثلاثـة أوجـه، ولا يخفى أن على الشـارح إسـتدراكاً في السـابق، حيث كان هـو مـن ثلاثـة أوجـه، وما قبله من وجهين. حاشـية السـيد عـارف (٤).

(٧) ينظـر: الحـاوي الكبـير (٦/ ٤٣٣)، والمهـذب (٣/ ٣١٣)، والبحـر (٨/ ٧٤)، والوجيـز (١٤٩)، والوسـيط (٣/ ٢٣٣)، وحليـة العلـماء (٥/ ٥٣)، والتهذيـب (٤/ ١٧١)، والعزيـز (١٠/ ٣٥٨).

(٨) ينظـر: المهذب (٣/ ٣١٣)، والبحـر (٨/ ٧٤)، والوجيز (١٤٩)، والوسـيط (٣/ ٢٣٣).

(ولا يشترط رضاه بلا خلافٍ)؛ لأنّ عدم رضائه لا يزيد على موته وغيبته كما ذكرنا[١].

المضمون به و شروطه

(ويشترط [في الحقّ] المضمون به) وهو: الدّين الّذي على الأصيل (ثلاثة أمورٍ:)[٢]

[١-الثبوت]

(أحدها: أن يكون ثابتاً)[٣] أي: حاصلاً[٤] موجوداً (فلا يصحّ ضمان ما يجب) أي: يثبت (من بعد)؛ لأنّ الوثايق[٥] لا تتقدّم على ثبوت الحقوق. والضّمان وثيقةٌ لا يتقدّم على الحقّ [كالإشهاد] والرّهن (على الجديد) المنصوص عليه في رواية المراديّ[٦].

والقديم صحّة ضمان ما سيجب ببيعٍ أو قرضٍ؛ لأنّ الحاجة قد تدعو إليه، بأن كان

---

(١) ينظر: المهذب (٣/ ٣١٣)، و بحر المذهب (٨/ ٧٤)، و الوجيز (١٤٩)، و الوسيط (٣/ ٢٣٣)، و حلية العلماء (٥/ ٥٢)، و التهذيب (٤/ ١٧١)، وقال الدميري معلقاً على نص المنهاج: "ولا يشترط رضاء المضمون عنه قطعاً": وما إدعاه من القطع تبع فيه "الشرح" والروضة" والنهاية" وليس كذلك؛ ففي تعليق القاضي حسين وجه: أنه يشترط رضاه، وإليه ذهب الجوري في "شرح المختصر" لكنه بعيدٌ يرده الحديث الصحيح. ينظر: النجم الوهاج (٤/ ٤٨٦). و الأنوار (١/ ٤٦٤)، و كفاية الأخيار (٣١٨). وقوله: (كما ذكرنا) أي كما ذكرنا في "ومعرفة المضمون" سابقا.

(٢) قال الدميري: واعتبر الغزالي رابعاً هو: أن يكون قابلاً لأن يتبرع الإنسان به على غيره، ليخرج به حد القصاص وحد القذف والأخذ بالشفعة. ينظر: النجم الوهاج (٤/ ٤٨٧)، و حواشي الشرواني على التحفة لإبن حجر (٦/ ٦٢٢)، و كفاية الأخيار (٣١٩)، و ذكر الأردبيلي شرطاً رابعاً وهو غير ما ذكره الغزّالي وهو: أن يكون معيناً، فلو كان لرجل على آخر دينان من جنسين أو جنسٍ واحد متفقين أو مختلفين فقال: ضمنت أحد الدينين بطل. ينظر: الأنوار (١/ ٤٦٦).

(٣) ومما يقال: أن الثبوت يفهم من قوله: لازماً؛ لأن اللازم لا يكون إلا ثابتاً، ويمكن أن يجاب بأنه صرّح بها؛ لما بينهما من العموم والخصوص من وجه؛ فإن اللازم ما لا تسلّط على فسخه من غير سبب ولو باعتبار وضعه كثمن المبيع ولو قبل قبضه؛ فإنه لازم باعتبار أن وضعه ذلك وليس بثابت. حاشية السيد عارف (٤)

(٤) أي: أن يكون ثابتاً باعتراف الضامن لا المضمون عنه، فلو قال شخص: لزيدٍ على عمروٍ ألفٌ، وأنا ضامنه، فأنكر عمرو... فلزيدٍ المطالبة في الأصحّ، قاله الرافعي في آخر الإقرار بالنسب، وسيأتي ذكره في كتاب الصداق في تتمة (فصل: نكحها بخمر). ينظر: النجم الوهاج (٤/ ٤٨٧)،

(٥) [الوثائق] جمع وثيقة، والوثائق ثلاث: الشهادة والرهن والضمان، ويكفي في ثبوته إعتراف الضامن به، وإن لم يثبت على المضمون شيء، كما صرّح به الرافعي.إنتهى. تحفة المحتاج (٦/ ٦٢١).

(٦) ينظر: المهذب (٣/ ٣١٥) وبحر (٣/ ٧٩)، والحلية (٥/ ٥٦)، و العزيز (١٠/ ٣٦٢).

يريد شري متاعٍ لا بدّ منه وليس الثّمن حاضراً، ولا يثق البائع ببقائه في ذمّة المشتري الاّ بضامن، ولا يعقد قبل الضّامن؛ خوفاً من أن لا يجد ضامنٌ فاضطرّ المشتري إلى إعطاء الضّامن[١]، وهو القديم يفتي به أهل الشّام والحرمين.

ضمان نفقة الغد والمستقبل

(وفي ضمان نفقة الغد والشّهر المستقبل للمرأة قولان) جديدان[٢] **(بناءً)** على طردهما **(على أنّ النفقة تلزم بالعقد)** أي عقد النّكاح **(أو بالتّمكين)** أي تسليم المرأة نفسها الى الزّوج: **(إن قلنا بالثّاني- وهو الأصحّ)** على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى **(لم يصح)**[٣] الضّمان به؛ لانّها اذا لم تلزم بالعقد[٤] فلا تكون حقاً ثابتاً[٥]، ومن الجايز أن لاتسلّم نفسها في الغد، ولو سلّم[٦]، فإنّما تلزم نفقة الغد بطلوع الفجر عند الجمهور، وبطلوع الشّمس عند البندنيجيّ[٧].

وقيل: يصح[٨] كضمان الدّرك الآتي.

وأجيب بالفرق بأنّ ضمان الدّرك وإن لم يثبت موجبه[٩] في الحال لكن ثبت سببه[١٠]، بخلاف نفقة الغد.

---

(١) ينظر: المهذب للشيرازي (٣/ ٣١٤)، و بحر المذهب للروياني (٣/ ٧٦).

(٢) خالف الشارح بقوله: "جديدان" الروياني، ووافق الغزالي. ينظر: بحر المذهب (٨/ ٨٠). والوجيز (١٤٩).

(٣) أي: الضمان المذكور لأن النفقة تجب بالتمكين، لابالعقد، والتمكين لم يثبت بعد، بخلاف نفقة الأزمنة الماضية للزوجة، فإنه يصحّ؛ للزومها. إنتهى. ينظر: حاشية السيد عارف (٥).

(٤) أي على القول الثاني الأصحّ، ويفهم منه على القول الأول، أنها تلزم فيصحّ ، فلأجل ذلك أتى الشارح بقوله: ولو سلم، أي: سلم لزوم النفقة بالعقد فإنها تلزم نفقة الغد: حاشية السيدعارف (٥).

(٥) الوسيط (٣/ ٢٣٦). والعزيز (١٠/ ٣٦٣)، والروضة (٣/ ٤٧٢).

(٦) فنائب فاعل سلم، راجع إلى لزوم النفقة بالعقد ، لا إلى المرأة ، على بناء الفاعل حيث لم يؤنّث، أي: وإن مكنت وسلمت فإنها، وحينئذ يكون مقابل الأصحّ ... حاشية السيد عارف (٥).

(٧) ينظر: العزيز (١٠/ ٣٦٣)، وروضة الطالبين (٣/ ٤٧٢) .

(٨) وقول إبن سريج بالصحة ضعيف، يمكن أن توجد هذه العبارة في العباب. حاشية السيد عارف.

(٩) أي: ما يوجبه.

(١٠) السبب لغةً: إسم لما يتوصل به إلى المقصود، وشرعاً: ما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه. التعريفات (٦٩).

وقياس الشّهر المستقبل في البطلان على الغد من أعلى أنواع الجليّ، كقياس الضّرب على التّأفيف[1].

***

ضمان المنافع

واعلم: أنّ المنافع الثّابتة في الذّمم حكمها حكم الأموال في جواز الضّمان بها[2] بعد ثبوتها؛ إذ النّيابة[3] فيها جايزة، فهي كسائر الأموال، ولعلّ المصنّف لظهور حكمها لم يذكرها.

***

ضمان الدّرك

(ولو ضمن) ضامن (عن البائع) للمشتري (ليرجع المشتري عليه) أي: على هذا الضّامن (إن خرج المبيع مستحقاً) مرّ تفسيره ووجه إختياره على الحرام (فهو) أي الضّمان (ضمان الدّرك)[4] بفتح الرّاء وسكونها بمعنى الإدراك، سمّي به؛ لانّ الغرامة إنّما تلزم عند إدراك الإستحقاق ونحوه، وأهل العراق يسمّونه ضمان العهدة؛ لأنّ [العهدة] بمعنى الرّجوع، والضّامن قد التزم رجوع المشتري عليه عند الحاجة[5] (فالأصحّ) من الطريقين (صحّته) أي: صحّة ضمان الدّرك؛ لعموم الحاجة به؛ إذ كثيراً ما تعامل من لا تعرفه، أولا تعرف وطنه وتخاف أن لو ظهر المبيع مستحقاً لم تظفر به ويذهب الثّمن

---

(١) إشارةً إلى قوله تعالى: ﴿إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ (الإسراء: ٢٣).

(٢) ينظر: العزيز (١٠/ ٣٧٢)، والروضة (٣/ ٤٧٩)، وجاء في حاشية الكمثرى المدونة أدنى الأنوار: بخلاف المنافع في إجارة العين؛ لتعذر إستيفائها من غير المعيّن. ينظر: الأنوار (١/ ٤٦٦).

(٣) ناب عني ينوب مناباً، أي: قام مقامي. ينظر: معجم صحاح اللغة (١٠٧٥).

(٤) ومن ضمان الدرك: أن يضمن للمشتري الثمن إن بان فساد البيع بغير الإستحقاق، أو للبائع المبيع إن بان الفساد، أو الثمن المعيّن معيناً أو ناقصاً، أو يضمن رداءة العوض، ويشمل الكل ضمان الدرك على ما في الحاوي، لكن الأصحّ اقتصاره على ضمان الفساد بالاستحقاق . ينظر: إعلام النبيه بما زاد عن المنهاج من الحاوي والتنبيه (٩٣).

(٥) ينظر: العزيز (١٠/ ٣٦٤-٣٦٥)، وروضة الطالبين (٢/ ٤٧٣)، وقال الدميري: وهي الصّك الذي يكتب فيه الثمن، والفقهاء يعبّرون به عن الثمن... إنتهى. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٤٨٨).

من تحت الإذن، فيجيء من يعرفه ويكون ضامناً لتوثق به[1].

والطّريق الثّاني: طرد القولين الجديد والقديم[2]؛ لأنّه ضمان مالم يثبت.

وأجيب بأنّه لو خرج المبيع مستحقاً فقد تبيّن ثبوت ردّ الثّمن حين الضّمان[3].

- ولكن انّما يصحّ **(بعد قبض الثّمن)**[4] ولا يصحّ قبله[5]؛ لانّه إنّما يضمن ما لزم على البايع ردّه لو خرج المبيع مستحقاً، وكان داخلاً في ضمانه، وقبل قبض الثّمن لا يكون شيءٌ منهما[6].

وفي الطّريق الأوّل قولٌ أنّه يصحّ قبل قبض الثّمن أيضاً؛ إذ الحاجة قد تدعو إليه، بأن لا يسلّم المشتري الثمن الاّ بعد الضّمان، وهذا القول اختاره [المختارون][7].

***

ضمان الصنجة

(وكذا الحكم، في ضمان نقصان الصّنجة الموزون بها) هي بفتح الصّاد: معرّب سنطة[8]، وذلك بأن جاء أحد المتبايعين بصنجة وقال: هذه معيار البلد فاتّهمه الآخر فضمن واحدٌ

---

(١) ينظر: الأم (٤/ ٢٠١)، والبحر (٨/ ٨٢)، وخلية العلماء (٥/ ٦٤)، والعزيز (١٠/ ٣٦٥).

(٢) بيّن القولين؛ لئلا يتوهم أيهما الجديدان في النفقة المستقبلة للزوجة، كما مرّ.

(٣) وظهر أنه ضمان ما قد ثبت، فلم يكن من ضمان ما لم يجب لا ظاهراً ولا باطناً، وكردّ الثمن رد المبيع، أي: تبين ثبوت رد المضمون والضمان لهذا الشق. سيد عارف (٦).

(٤) خرج بقوله: (بعد قبض الثمن) ما لو كان قبله أو معه، فمن ثبت له دين على غائب فباع الحاكم عقاره من المدّعي بدينه وضمن له الدرك شخص إن خرج المبيع مستحقاً فإنه لا يصح الضمان، قاله البغوي والمغني. حاشية السيد عارف.

(٥) ينظر: الوجيز (١٤٩)، وحلية العلماء (٣/ ٢٣٦)، والتهذيب (٤/ ١٧٥)، والعزيز (١٠/ ٣٦٥).

(٦) أي من لزوم ردّ ما لزم وكان داخلاً في ضمانه. سيد عارف (٦).

(٧) ينظر: المهذب (٣/ ٣٢١)، وبحر المذهب (٨/ ٨٢)، والوسيط (٣/ ٢٣٦)، والحلية (٥/ ٦٥)، والتهذيب (٤/ ١٧٥)، والعزيز (١٠/ ٣٦٥)، والروضة (٣/ ٤٨٣)، والنجم الوهاج (٤/ ٤٨٨).

(٨) صنجة الميزان: ما يوزن به معرّبٌ، والعامة تقول السّنجة. فالصنجة المعرّبة من سنطة، والسنط هي بمعنى الثقل والحجر. ينظر: مختار الصحاح (١٧٩)، والمنتخب من كلام العرب (٣٨٨).

بنقصانه ليرجع اليه المتّهم[١] اذا ظهر نقصانها؛ وذلك جائز[٢] بما ذكرنا[٣] حرفاً بحرفٍ.

***

ضمان الثمن

(وضمان الثّمن لو خرج المبيع معيباً) كما لو خرج مستحقّاً، فيطالب به الضّامن بعد الردّ.

ويقاس على ذلك، ضمان خلف الشّرط، وضمان فساد [البيع]، وضمان فرار المستقرض، وضمان مطله[٤]؛

لأنّ الحاجة تدعو إلى ذلك كلّه[٥].

[٢-اللزوم]

(والثاني) [من] الأمور المشروطه في المضمون به (أن يكون لازماً)[٦] [أي:] بعد ما كان ثابتاً. واللّازم: ما لا يسقط الاّ بسببٍ في إنفساخ العقد.

وغير اللّازم: ما كان مفوّضاً[٧] الى خيرة المديون.

(فلا يصحّ ضمان ما لا ينتهي من الدّيون إلى اللّزوم) بمرور الزّمان والتّكلّم بالإمضاء[٨] والإجازة (وهو نجوم الكتابة) فلا يصحّ ضمانها لسيّده؛ لأنّها في معرض

---

(١) (المتهم) إسم فاعل.

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٤٥٢)، والوجيز (١٤٩)، والتهذيب (٤/ ١٧٦)، والعزيز (١٠/ ٣٦٥).

(٣) من عموم الحاجة، وعدم نقصان الموزون أو الكيل، فإن نقص فيرجع إلى الضامن، لأنه ظهر ثبوت حق، ويفهم مما تقدّم أن يكون الضمان بعد نحو الوزن. سيد عارف (٦).

(٤) المطل، تسويف أداء القرض.

(٥) أي ضمان الثمن، وخلف الشرط، وفساد المبيع، والمستقرض.

(٦) كالثمن، والأجرة، وعوض القرض، ودين السلم، وأرش الجناية، وغرامة المتلف، لأنه وثيقة يستوفي منها= الحق فصحّ في كل دين لازم كالرهن. ينظر: المهذب (٣/ ٣١٤)، وبحر المذهب (٨/ ٧٩)، والنجم الوهاج (٤/ ٤١٩).

(٧) مفوّضاً: مردوداً، فوّض إليه الأمر: صيّره إليه وجعله الحاكم فيه. ينظر: لسان العرب (٧/ ٢١٠).

(٨) لأنه لا يلزم المكاتب أداؤه فلم يلزم ضمانه، ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين ودين الكتابة لا يمكن توثيقه؛ لأنه يملك إسقاطه اذا شاء فلا معنى لضمانه. ينظر: المهذب (٣/ ٣١٤) وبحر المذهب (٨/ ٧٩)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٤١).

السّقوط،[1] فضمانها كالرّهن بها فلا يجوز.

وقيل: يجوز؛ لأنّ الظاهر من العقود إمضاؤها على الكمال[2].

***

ضمان الثمن في مدة الخيار

(**وأصحّ الوجهين صحّة ضمان الثّمن في مدّة الخيار**) سواءٌ كان خيار الشّرطِ، أو خيار المجلس؛ لأنّ انتهاءه إلى اللّزوم معلومٌ مضبوطٌ، وعدم لزومه وشيك الزّوال [فيغتفر] كونه غير لازمٍ في الحال.

ويفارق نجوم الكتابة؛ إذ انتهاؤه الى اللّزوم غير معلومٍ ، ولا مضبوطٍ.

والوجه الثاني : أنّه [لا يجوز]؛ نظراً إلى أنّه غير لازمٍ في الحال، فهو كنجوم الكتابة[3].

والفرق ما مرّ مع أنّ الثّمن ينتهي الى اللّزوم بنفسه عن قريبٍ، ولزوم النّجوم مفوّضٌ الى خيرة[العبد]في زمانٍ بعيدٍ.

[وإذا]قلنا بالأصحّ فلا فرق بين أن يكون اللازم مستقراً، كالثّمن بعد قبض المبيع، والمهر بعد الدّخول، أو لم يكن كالثّمن قبل قبض المبيع، والمهر قبل الدخول.

ولا بأس باحتمال[سقوطه] كما لا بأس باحتمال سقوط الّلازم المستقرّ بالإبراء، أو الرّدّ بالعيب [4]، أو الفسخ بالإقالة [5].

***

---

(١) فإن قيل: قد مرّ أن الحوالة تصح من السيد عليه فهلا هنا كذلك؟ وأجيب: بأن الحوالة يتوسّع فيها؛ لأنها بيع بدين جوزت للحاجة. إنتهى، من المغني. حاشية السيد عارف (٧).

(٢) العزيز (١٠/ ٣٦٩) والنجم الوهّاج (٤/ ٤٩١)، وروضة الطالبين (٣/ ٤٧٦).

(٣) المهذب (٣/ ٣١٤) والوسيط (٣/ ٢٣٨) والبحر (٨/ ٧٩) وحلية العلماء (٥/ ٥٥) والعزيز (١٠/ ٣٩٩) وروضة الطالبين (٣/ ٤٧٦) والنجم الوهّاج (٤/ ٤٩١) وكفاية الأخيار (٣١٨).

(٤) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ١٥٠)

(٥) الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله على الصحيح ، وفي وجه: يرفعه من أصله، وفي وجه : يرفعه من أصله إن كان قبل القبض......قال أصحابنا: إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب: خيار المجلس، والشرط، والعيب، وخلف المشروط المقصود، والإقالة، والتحالف، وهلاك المبيع قبل القبض. ينظر: روضة الطالبين (٣/ ١٦٠و١٦٨).

حكم ضمان الجعل

(وضمان الجعل) في الجعالة **(كالرّهن به) فلا يصحّ** قبل الفراغ من العمل على الأصحّ[١].

والثّاني : يجوز بعد الشّروع[٢] في العمل. وأمّا بعد تمام العمل [فيصحّ قطعاً].

***

[٣-العلم به]

(و) الأمر **(الثالث)** من الأمور المشروطة في المضمون به : **[أن يكون معلوماً]**[٣] للضّامن.

***

حكم ضمان المجهول

(فضمان المجهول مثل أن يقول: ضمنت ثمن مابعت من فلانٍ، وهو) أي: [الضّامن] **(جاهلٌ به)** أي: بثمن ما باع **(باطلٌ على الجديد)**؛ لأنّ الضّمان التزام مالٍ في الذمّة، فإذا جهل به حصل الغرر[٤] فشابه بيع المجهول وإجارته، [فتناوله]النّهي عن الغرر[٥].

والقديم صحّته إذا أمكن الإحاطة به[٦]، كقوله : ضمنت ما لك على فلانٍ، أو ثمن ما بعت، كما مثّله المصنّف؛ لأنّ معرفته متيسرةٌ، فعن قريبٍ يدفع الغرر.

أمّا إذا لم يمكن، بأن قال: ضمنت شيئاً ممّا لك على فلانٍ **فلا يصحّ باتفاق القولين**[٧].

فللّه درّ[٨] **المصنّف** حيث أشار الى محلّ الخلاف بقوله : مثل أن يقول الخ.

---

(١) ينظر:روضة الطالبين (٤/ ٣٣٨).

(٢) [الشروع] الخوض، قال الجوهري: شرعت في هذا الأمر شروعاً، أي خضت. معجم الصحاح، (ص: ٥٤٣).

(٣) أي جنساً وقدراً وصفة وعيناً، خلافاً لقول الزركشي: المذهب جواز ضمان ما علم قدره وإن جهلت صفته. ينظر: تحفة المحتاج (٦/ ٦٣٤).

(٤) [والغرر: الخطر. وأغرّه: أوقعه في الخطر.]والتّغرير: المخاطرة والغفلة عن عاقبة الأمر. تاج العروس (١٣/ ٢٣٣).

(٥) ينظر: المهذب (٣/ ٣١٥) والوسيط (٣/ ٢٣٨)، والتهذيب (٤/ ١٧٨)، والعزيز (١٠/ ٣٧٠).

(٦) فإن صححناه فشرطه أن تمكن الإحاطة به، فمحل الخلاف في مجهول تمكن الإحاطة به مثل: أنا ضامن لثمن ما بعت من زيد، كما مثّل به في المحرر. ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٤٧٧)، والنجم الوهّاج (٤/ ٤٩٢).

(٧) ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٥١) وروضة الطالبين (٣/ ٤٧٧) وكفاية الأخيار (٣١٩).

(٨) "لله درّه" صيغة مدح، والدر: اللبن، يقال في الذم: لا درّ درّه، أي: لا كثر خيره، ويقال في المدح: لله درّه، أي: عمله. صحاح اللغة (٣٣٨).

حكم الإبراء عن المجهول

(**وكذلك الحكم في الإبراء عن المجهول**) **فيبطل على الجديد**[١]، قائلاً بأنّ الإبراء تمليك ما في ذّمة الغير إيّاه، فيشترط [علمهما] به كسائر التّمليكات.

والقديم يصحّحه قائلاً بأنّ الابراء إسقاطٌ محضٌ كالإعتاق[٢]، فلا يشترط العلم بما يبرأ، كما لو قال: "عبيدي أحرارٌ" وهو لا يعلم عددهم، ولأنّه لو كان تمليكاً لاحتاج الى القبول، وإنّه لا يحتاج[٣].

وأجيب بانّ القياس على العتق باطلٌ؛ إذ الشّرع يغتفر في الإعتاق ما لا يغتفر في غيره، وأما عدم إحتياجه إلى القبول، فلأنّه وإن كان تمليكاً لكنّ المقصود الاصليّ منه الإسقاط.

ومنهم من التزم [٤]وقال: يحتاج إلى القبول فلا إلزام[٥].

***

الإبراء عن إبل الدية

(لكن) استدراكٌ عن توهّم الإبراء عن المجهول (**يصحّ الإبراء عن إبل الدّية**) **باتّفاق القولين مع الجهل بصفتها**؛ لأنّه لّما سومح بذلك في إثباتها في[ذمّة]الجاني فسومح أيضاً في الإبراء؛ تبعاً له[٦] .

---

(١) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٣٨)، ، والعزيز (١٠/ ٣٧٠) والروضة (٣/ ٤٧٧).

(٢) القاعدة الثّامنة " الإبراء ، هل هو إسقاطٌ أو تمليك؟ قولان " والتّرجيح مختلفٌ في الفروع: فمنها: الإبراء ممّا يجهله المبرئ، والأصحّ فيه التّمليك، فلا يصحّ. ومنها: إبراء المبهم كقوله لمدينيه: أبرأت أحدكما .والأصحّ فيه التّمليك. ينظر: الأشباه والنظائر،الكتاب الثالث، القاعدة الثّامنة (١/ ٣١٠).

(٣) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٣٨)، والعزيز (١٠/ ٣٧٠) قال الدميري: لأنه إسقاط فأشبه ما إذا قطع عبد عضواً من عبد ،فعفى السيد عن القصاص وهو لا يعلم عين المقطوع ، فإنه يصح ، والمصحح في الشرح والروضة: أن الإبراء تمليك، وفي (الصغير): إسقاط، وقال في زوائد الروضة في الرجعة: المختار أنه لا يطلق ترجيح واحد من القولين، وإنما يختلف الراجح بحسب المسائل: لظهور أحد الطريقين. ينظر: النجم الوهّاج (٤/ ٤٩٣).

(٤) قال الرافعي: فنصّ إبن سريج، أنه لا بد من القبول. ينظر: العزيز (١٠/ ٣٧٠).

(٥) في (ج) إلتزام. وقوله: (فلا إلزام) بأن المقصود الأصلي الإسقاط. سيد عارف (٨).

(٦) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٣٨) والتهذيب (٤/ ١٧٨)، والعزيز (١٠/ ٣٧١)، والأنوار (١/ ٤٦٦)، وقوله: " تبعاً له" أي تبعا للمساحمة في الجهل بصفتها في إثباتها في الذّمة.

وهـذا التّعليـل[1] أولى ممّا يقال: " لأنّها معلومـة السّـنّ والعـدد "؛ لانّ ذلـك لا يغنـي عـن الغـرر لـولا التّسـامح، والتّسـامح في إثباتهـا في الذّمـة ضـروري، وفي الإبـراء تبعـيٌّ.

***

ضمان إبل الدية

(**وأصـحّ الوجهـين**) المنشـعبين عـن الجديـد (**أنّـه يصـحّ ضمانهـا أيضـاً**) [أي:] كإبرائهـا؛[2] للعلـم بعددهـا وسـنّها بتعليـم الـشّرع، وألوانهـا [وصفاتهـا] موكولـةٌ إلى غالـب إبـل البلـد كـما في أصـل الدّيـة. وهـذا الوجـه يوافـق القديـم فيهـا[3].

والثّاني: لا يصحّ؛ نظراً إلى الجهل [بصفاتها].

***

كيفية رجوع الضامن على الأصيل بعد الأداء

وإذا قلنا بالأصحّ [وأدّاها] الضّامن ففي كيفيّة الرّجوع على الأصيل وجهان:

أحدهما: يرجع بقيمتها بالغةً مابلغت؛ لتعسّر وجدان مثلها صورة، وبه قال جمهور المراوزة.

والثّاني : يرجع بمثلها صورةً، كالقرض في الحيوانات.

وهذا [هو المرجّح] عند المصنّف والنّوويّ، وبه يفتى[4].

---

(١) وقوله: (وهذا التعليل) بالمساحة في الإبراء بتبعية المساحة في الإثبات أولى مما يقال كما في شرح آخر للمحرر بمعلومة السن. سيد عارف (٨)

[والتّعليل: تقرير ثبوت المؤثر لإثبات الأثر كما أن الاستدلال هو تقريرَ ثبوت الأثر لإثبات المؤثر. الكليات (٢٩٤)].

(٢) والفرق بين الصلح والإبراء والحوالة والضمان في حقّ إبل الدية حيث يجوز في بعضها ولم يجز في بعض: أن المصلحة معاوضة، فلا يحتمل جهالة العوضين، والضمان محض التزام، والإبراء محض إسقاط، فيحتملانها. سيد عارف (٩).

(٣) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٣٨) والتهذيب (٤/ ١٧٨) والعزيز (١٠/ ٣٧١) والروضة (٣/ ٤٧٨).

(٤) العزيز ط العلمية (١٠/ ٣٢٥).

مسألة: ضمنت لك من درهم إلى عشرة

(وأنه) أي والأصحّ من الوجهين في الجديد **(أنه لو قال: "ضمنت ممّا لك على فلانٍ من درهم إلى عشرةٍ" يصحّ)**؛ لأنّه ذكر الغاية فخرج عن الجهالة(١).

والثّاني: لايصحّ؛ لاحتمال إخراج الطّرفين، وإدخالها، وإدخال واحدٍ وإخراج آخر(٢)، وتفاوت [الإحتمال]موجبٌ للغرر(٣).

[وأنّه] أي: والأصحّ المنشعب من الأصحّ الأول أن **(يكون ضامناً لعشرةٍ)**؛ دخالاً للطّرفين(٤)؛ إجراءً للّفظ على ظاهره، وهذا يخالف ما صحّحه في نظيره في الإقرار حيث قال في مثله: يلزمه تسعةٌ.

والثّاني: يكون ضامناً بتسعةٍ؛ إدخالاً للطّرف الأوّل؛(٥) لأنّ المبتدأ به لا بدّ أن يكون موجوداً، بخلاف المنتهى إليه، فلا يلزم وجوده في الأمد(٦) إلاّ بدليلٍ ولا دليل هنا.

وهذا الوجه هو المختار عند النّوويّ؛ اعتماداً على ما[صحّح المصنّف نظيره]في الإقرار.

والثّالث: يكون ضامناً بثمانيةٍ؛ عملاً بالمتيقّن؛ فإنّ إدخال ما بين الطرفين متيقّنٌ، بخلاف إدخال الطرفين أو أحدهما(٧).

---

(١) قال الغزّالي: الأشهر الصحة؛ لأن الأقصى معلوم، وقد وطّن نفسه عليه. الوسيط (٣/ ٢٣٨).

(٢) وقوله: لاحتمال إخراج الطرفين فيكون ضامناً ، وإدخالها فيكون ضامناً لعشرةٍ، و إدخال واحد فيكون ضامناً لتسعة، و يتردد بين درهم وعشرةٍ. هامش السيد عارف على مخطوطة الوضوح (٩).

(٣) قال الغزالي: والأقيس الفساد؛ لأن الغرر حاصل بجهل المقدار بين العشرة و المائة. ينظر: الوسيط (٣/ ٢٣٧)، و قال البغوي: و هو الأصحّ. ينظر: التهذيب (٢/ ١٧٩)، والعزيز (١٠/ ٣٧١).

(٤) ينظر: التهذيب (٤/ ١٧٩)، والعزيز (١٠/ ٣٧١) و النجم الوهاج (٤/ ٤٩٤).

(٥) ينظر: التهذيب (٤/ ١٧٩) والعزيز (١٠/ ٣٧١) وقال الدميري : وهو الذي صحّحه المصنّف -أي: النووي- في نظيره من الإقرار، كما سيأتي. النجم الوهّاج (٤/ ٤٩٤)، والأنوار (١/ ٤٦٦) .

(٦) الأمد: الغاية و منتهى الشيء، و منتهى الشيء عدمه ، و العدم غير موجود. سيد عارف (٩).

(٧) ينظر: التهذيب (٤/ ١٧٩) والعزيز (١٠/ ٣٧١) وقال الدميري: "واختار الشيخ موافقة صاحب التهذيب ، في لزوم عشرة في الضمان والإقرار ، وكأنّه قال : له عليّ دراهم من درهم إلى عشرة ، والغاية إذا كانت بياناً لما قبلها دخل طرفاها كما تقول: قرأت القرآن من فاتحته إلى خاتمته، وغسلت يدي من رؤوس الأصابع إلى الإبط، وهذا معنى قولهم: " إذا كانت من جنس المغيّا... دخلت " إنتهى. ينظر: النجم الوهّاج (٤/ ٤٩٤)، وكفاية الأخيار (٣١٩).

وهـذا هـو المختـار عنـد العراقيـيّن ، ولعـلّ المصنّـف تبـع في ذلـك البغـويّ؛ فإنّـه صحّـح الضّـمان بعـشرةٍ، ونقـل [عنـه] المصنّـف [رحمـه الله تعـالى] في الكبـير وأقـرّه [1].

[كفالة البدن]

(فصلٌ في حكم الكفالة)

وهي في اللّغة : الضّمّ والجمع.

وفي الشّرع: عبارةٌ عن التزام الإتيان ببدن[2] من يستحقّ حضوره مجلس الحكم[3].

وذكرهـا في الضّـمان؛ لاشـتراكهما في الالتـزام، إلا أنّ الملتـزم في أحدهمـا مـالٌ، [وفي] الآخـر بـدنٌ[4].

***

حكم الكفالة

(المذهـب) الطّريـق الأصـحّ المنقـول عـن النّـصّ في روايـة المـزنيّ[5] (**صحّـة كفالـة البـدن**)؛ لعمـوم البلـوى بهـا للوثيقـة[6]، وقـد ثبـت جريانهـا عـن الصّحابـة[7].

---

(١) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ١٧٩)، والعزيز ط العلمية (٥/ ١٥٨).

(٢) ومثل البـدن الجزء الشـائع كربعـه ومـا لا يعيـش بدونـه كقلبـه أو رأسـه أو روحه أو عينـه إن لم يرد بهـما الجارحة، بـأن أراد بها النفس، سيد عـارف (١٠).

(٣) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٣)، والتهذيب (٤/ ١٨٧)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٢)، والحلية (٥/ ٧١).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٢)، والإعانة (٣/ ١٢٧)، و الوسيط (٣/ ٢٣٩)، و النجم (٤/ ٤٩٥).

(٥) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٢) والحاوي (٦/ ٤٦٢) وحلية العلماء (٥/ ٦٧)، والعزيز (١٠/ ٣٧٣).

(٦) واستؤنس بقوله تعالى (لن أرسله معكم حتّى تؤتون موثقاً مّن الله لتأتنّني به) (يوسف: ٦٦)

(٧) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٣) والوسيط (٣/ ٢٣٩)، والتهذيب (٤/ ١٨٧) وقال الماوردي: " وروي: أنّ العبّاس بن عبد المطّلب تكفّل بأبي سفيان بن حربٍ عام الفتح لرسول اللهﷺ، وروي: أنّ عليّ بن أبي طالبٍ ﷺ أخذ من عبد الله بن عمر كفيلًا بنفسه حين توقّف عن بيعته فكفلت به أمّ كلثوم بنت عليٍّ لأنّها كانت زوجة عمر، وقيل: بل كفلت به أخته حفصة، وروي: أنّ رجلًا جاء إلى عبد الله بن مسعودٍ فقالَ: إنّي مررت بعبد الله بن نوّاحة وهو يؤذّن فسمعته يقول: "أشهد أنّ مسيلمة رسول الله " فكذّبت سمعي ووقفت حتّى سمعت أهل المسجد يضجّون به فبعث ابن مسعودٍ إلى ابن النّوّاحة فدعاه وأصحابه فقال: ما صنعت بالقرآن الّذي كنت تتلوه؟ قال: كنت أتّقيكم به فأمر بضرب عنقه واستشار الصّحابة في أصحابه فقالوا: يستتابون ويكفلون، فاستتابهم فتابوا وكفلهم عن عشائرهم، فدلّ على أنّ إجماع الصّحابة منعقدٌ بجواز الكفالة. الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٢)، وبحر المذهب (٦/ ١٠٥)، والعزيز (١٠/ ٣٧٢).

والطريق الثّاني: فيها قولان: [الثاني] منهما: عدم الصّحّة؛ لأنّ المكفول به قادرٌ على الامتناع[١]، ولا يجوز قتله والإتيان به فربّما يمتنع، وإن رضي أولاً فيؤدّي إلى[الضرر] [٢].

وإذا قلنا بالأوّل[٣] فتجوز ببدن كلّ من يستحقّ حضوره لدى الحاكم بأيّ وجهٍ كان؟ من إثبات مالٍ، أو استيفائه، أو غير ذلك[٤]، حتى تجوز ببدن[امرأةٍ]يدّعي رجلٌ أنّها زوجته[٥]، وببدن من يدّعي أنّه عبده[٦].

***

هل يشترط العلم بقدر المال؟

(ثمّ) أي: بعد ما علمت صحّة الكفالة **(إن تكفّل ببدن من عليه مالٌ فلا يشترط العلم بقدر المال)**؛ إذ هو كفيلٌ بالبدن، فلا يتفاوت ذلك بقلّة المال وكثرته؛ لعدم التزامه إيّاه[٧].

***

[الكفالة ببدن من علي مال]

(ويشترط أن يكون المال) الّذي على من يتكفّل ببدنه **(بحيث يصحّ ضمانه)** من كونه

---

(١) [الامتناع] أي عدم الإمتثال، والمانعة من الحضور. وهو حر والحر لا يدخل تحت اليد.

(٢) واستدل الماوردي على منع الصحة بقوله الله عز وجل حاكياً على لسان يوسف عليه السلام: [قال معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده] [يوسف: ٧٩] فكان قوله "معاذ اللّه" إنكارًا للكفالة أن تجوز حين سأله إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلًا ممّن وجد متاعه عنده. ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢)، والتهذيب (٤/ ١٨٧)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٣).

(٣) أي بالقول الأول المتفرّع عن الطريق الثاني.

(٤) وكان أبو العباس بن سريج وطائفة من متقدمي أصحابنا يقولون: الكفالة بالنفوس جائزةٌ في الأموال قولاً واحداً. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٣)، والمهذّب (٣/ ٣٢٣)، والعزيز (١٠/ ٣٧٤).

(٥) العزيز (١٠/ ٣٧٤) وروضة الطالبين (٣/ ٤٧٩) والنجم الوهّاج (٤/ ٤٩٩) والأنوار (٤٦٦).

(٦) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٣٩)، والعزيز (١٠/ ٣٧٤) والروضة (٣/ ٤٨٠)، والأنوار (١/ ٤٦٦).

(٧) وهناك قول لأبي العباس بن سريج: أنّه لا تصح الكفالة إلا بعد معرفة الكفيل بقدر ما على المكفول به من الدين؛ لأنّ من مذهبه أن موت المكفول به يوجب على الكفيل غرم الدين. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٤)، والمهذّب (٣/ ٣٢٤)، وبحر المذهب (٦/ ١٠٥)، والعزيز (١٠/ ٣٧٣)، والروضة (٣/ ٤٧٩).

ثابتاً لازماً، أو صائراً إلى اللّزوم[1] **(حتى لو تكفّل ببدن المكاتب بما عليه من النّجوم لم يصحّ)**؛ لأنّ أمره مفوّضٌ إلى خيرته، فلا يستحق حضوره لما عليه؛ لأنّه في معرض الإسقاط في كلّ ساعة، والكفالة إنما هو لأجله[2].

***

حكم الكفالة ببدن من عليه عقوبة الآدميين

(والأصح) من الطريقين **(جواز الكفالة ببدن مَن عليه عقوبة الآدميين كالقصاص وحد القذف)**؛ لأنّ حقوق العباد لازمة كالأموال[3]، فيستحق من عليه ذلك حضورَه فتشمله القاعدة وهي قولنا: "تجوز ببدن كلّ من يستحق حضوره لدى الحاكم بأيّ وجه كان"[4].

والطريق الثاني: فيه قولان: وجهُ المانع منهما؛[5]العقوباتُ مبنيةٌ على[الدفع]وإن كانت من حقوق العباد، فيوسَّع فيها بترك الكفالة[6].

***

حكم الكفالة ببدن من عليه حدُّ الله تعالى

(ومنعُها) عطف على "جوازُ الكفالة"، فهو في حّيز الأصح، أي: الأصح من الطريقين منعها، أي: منع الكفالة **(ببدنِ من عليه حدُّ الله تعالى)** كحد الزنا والخمر والسرقة؛ لأنَّها مبنية على التوسع فيها[7]والسعيِ في دفعها، والكفالةُ بها

---

(١) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٣٩)، والعزيز (١٠/ ٣٧٣)، والروضة (٣/ ٤٧٩).

(٢) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٤)، والتهذيب (٤/ ١٨٨)، والعزيز (١٠/ ٣٧٣)، والروضة (٣/ ٤٧٩).

(٣) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٤)، والوسيط (٣/ ٢٤٠)، والتهذيب (٤/ ١٨٨)، والبحر (٦/ ١٠٦).

(٤) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٣١٥):

(٥) أي: من القولين.

(٦) ينظر: التهذيب (٤/ ١١٨)، والبحر (٦/ ١٠٦)، والعزيز (١٠/ ٣٧٣)، والروضة (٣/ ٤٧٩).

(٧) لقولهﷺ: «ادرَءُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» السنن الكبرى للبيهقي (٨/ ٥٨)، رقم (١٥٩٢٢)، ولأنا مأمورون بسترها، ومعنى تكفّل أنصاري بالغامدية بعد ثبوت زناها إلى أن تلد أنّه أقام بمؤنها ومصالحها على حد: وكفّلها زكريا. ينظر: تحفة المحتاج (٦/ ٦٤٥).

ممّا يؤدي إلى التشديد والتضييق[١]،

والطريق الثاني: في طرد القولين السابقين[٢]، في ثاني طريق الأول.

ووجه القائل بالجواز أنها لازمة يجوز استتباعها [شرعاً].

وَرُدَّ بأن الكفالة وثيقة ولا وثيقة لحقوق الله تعالى في العباد.

(وتجوز الكفالة ببدن الصبي، والمجنون، والميّت ليحضر كل واحد منهم فيقام الشهادة على صورته) أمّا في الصبي والمجنون؛ فلاحتمال استحقاقهما مجلس الحكم بسبب إتلاف مالٍ أو قتل نفس أو إثبات نَسَب، فتقام الشهادة على صورتهما[٣].

وأمّا الميت؛ فلاحتمال أن تحمّلوا الشهادة على صورته ولم يعرف الشهود اسمه، ونسبه فيحضَر[٤] ليشهد على صورته[٥]، ولتكن الكفالة قبل دفنه.

***

إذن الولي في الكفالة ببدن الصبي والمجنون

ثم لا بدّ من الكفالة ببدن الصبي والمجنون من إذن وليهما؛ ليطالَب بهما عند الحاجة.

وإن لم يأذن وليهما فهو كالكفالة ببدن البالغ العاقل بغير رضاه، وسيجيء الخلاف فيه[٦].

وهل يشترط إذن الوارث في الكفالة ببدن الميت؟ **وجهان:**

---

(١) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٣)، والتهذيب (٤/ ١٨٨)، وحلية العلماء (٥/ ٧٢)، واستدلّ الروياني برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه: أن النبيﷺ قال: «لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ» السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٢٧)، رقم (١١٤١٧). ينظر: بحر المذهب (٦/ ١٢٦)، وروضة الطالبين (٣/ ٤٧٩).

(٢) وَقَولُ الأَذرَعِيِّ مَحَلُّ المَنعِ فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى مَا لَم يَتَحَتَّم استِيفَاءُ العُقُوبَةِ، فإن تَحَتَّمَ فَيُشبِهُ أن يَحكُمَ بِالصِّحَّةِ ضَعِيفٌ كَمَا نَبَّهَ عَلَيهِ بَعضُ المُتَأَخِّرِينَ. السيد عارف (١١) نقلاً عن المغني.

(٣) وقال الماوردي: وهذا على ماذهب أبي العبّاس، أمّا على الظاهر من مذهب الشافعي لا تصح؛ لأنّ أمرهما لا يتعلّق به حكم. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٤)، والتهذيب (٤/ ١٩٢) وبحر المذهب (٦/ ١٠٨) والعزيز (١٠/ ٣٧٤) وروضة الطالبين (٣/ ٤٨٠) والنجم الوهّاج (٤/ ٤٩٦).

(٤) أي: الميت.

(٥) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٣٩)، والتهذيب (٤/ ١٨٩)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٦) وحلية العلماء (٥/ ٧٦)، والبحر (٦/ ١١٣)، والعزيز (١٠/ ٣٧٤)، والروضة (٣/ ٤٨٠) والنجم الوهّاج (٤/ ٤٩٦).

(٦) قال الماوردي: فَعَلَى مَذهَبِ أَبِي العَبَّاسِ تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِالصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ لِأَنَّهُمَا قَد تَلزَمُهُمَا حُقُوقُ الأَموَالِ فَصَحَّتِ الكَفَالَةُ بِهِمَا، وَعَلَى الظَّاهِرِ مِن مَذهَبِ الشَّافِعِيِّ أَنَّ الكَفَالَةَ بِالصَّبِيِّ وَالمَجنُونِ لَا تَصِحُّ؛ لأنّ أَمرَهُمَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكمٌ فَلَو أَمَرَهُ الابنُ بِالكَفَالَةِ لَم يَصِحَّ؛ لأنّ الأمر لِلأَبِ سُؤَالٌ وَطَلَبٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكمٌ. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٤).

أحدهما: لا يشترط؛ إذ لا امتناع منه، وليس للوارث المنع من الإحضار، كما لا يجوز أن يمنعه من [إيفاء]الحقوق حيّاً [1].

والثاني: يشترط رضاء الورثة كُلّهم؛ لئلا يؤدِّي إلى نزاعٍ وحقد.

قال ابن الرفعة في المطلب الأعلى: إنّه الأصح [2].

***

حكم الكفالة ببدن الغائب والمحبوس

(وتجوز) الكفالة (ببدن الغائب) عن البلد (والمحبوس) لكن بإذنهما [3]، ولا بأس بتعذر تحصيل الغرض [4] في الحال؛ لأنّه متوقع الحصول [5]، ويكفي في الوثائق ذلك، كضمان المعسر بالمال.

***

مكان تسليم المكفول به إن عيّن مكان التسليم

(ولو عيّن) المكفولُ له [6] [في الكفالة](مكاناً للتسليم) أي: تسليم المكفول به (تعيّن) ذلك المكان؛ اتّباعاً لما عيّن؛ إذ الأغراض تختلفِ في الأماكن؛ فَرُبَّ مكانٍ يوجد فيه المُعين والناصر للمكفول له، ورُبّ مكانٍ يوجدان فيه للمكفول به، وربّ مكانٍ يخلو عن كلا الطائفتين [7].

***

(١) وإذن الولي في مثل هذه الأحوال لغو، ذكره الأذرعي. ينظر: تحفة المحتاج (٦/ ٦٤٧).

(٢) ينظر: النجم الوهّاج (٤/ ٤٩٨)، والأنوار (١/ ٤٦٦)، وتحفة المحتاج (٦/ ٦٤٨).

(٣) ينظر: التهذيب (٤/ ١٨٨)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥)، وقال الروياني: "وإن كانت الغيبة منقطعة ولا يمكنه إحضاره لا يجوز". ينظر: بحر المذهب (٦/ ١٠٨)، والعزيز (١٠/ ٣٧٤)، وروضة الطالبين (٣/ ٤٨٠)، والنجم الوهّاج (٤/ ٤٩٨).

(٤) "وفهمت غرضك" أي: قصدك. الصحاح للجوهري (٧٧١٩).

(٥) أي: الغرض. بالخلاص من الحبس والقدوم من نحو السفر. السيد عارف (١٢).

(٦) وقوله: "المكفول له" كالدائن للمكفول في الكفالة.

(٧) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٤)، والوسيط (٣/ ٢٤٠)، والتهذيب (٤/ ١٨٨)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥)، وحلية العلماء (٥/ ٨٠)، والبحر (٦/ ١٠٩)، والعزيز (١٠/ ٣٧٦)، والروضة (٣/ ٤٨٢).

وإن لم يعين مكان التسليم

(**وإلاّ**) أي: وإن لم يعيّن مكاناً للتسليم (**حُمِل على مكان الكفالة**)؛ لأنّ الظاهرَ من ترك التعيين الاكتفاءُ بذلك، فلو جاء به في غير مكان التسليم -سواءٌ المعيّنُ شرطاً ، أو عرفاً- جاز قبوله.

ويجوز أن يمتنع من القبول إن كان له في الامتناع غرضٌ بأن كان المكان بعيداً عن مجلس الحكم وليس هناك من يُعينه ويخاف الفرار منه[1].

وإن لم يكن له غرض في ذلك فالذي رجّحه المتاخرون لزوم القبول[2].

***

خروج الكفيل عن الالتزام أو العهدة

(**ويخرج الكفيل عن العهدة**) أي: الالتزام - سُمي الالتزام عهدة؛ لثبوت المراجعة عليه إلى الخروج من الملتزم؛ لأنّ العهدة بمعنى الرجعة-(**بأن يسلِّمه**) أي: الكفيلُ المكفولَ به إلى المكفول له (**في مكان التسليم**) أي: المكان الذي وجب تسليمه فيه إما بتعيين الشرط أو العرف، سواءٌ طلَبه أو لم يطلبه؛ لحصول الغرض - وهو الظفر بالخصم - في مكانه[3] (**بشرط أن لا يكون هناك**) أي: في مكان التسليم (**حائلٌ**) أي : مانعٌ من ملازمة المكفول له إياه، أو[من]حبسه، أو من أخذ الحقِّ منه (**كيدِ متغلب**) أي: قُدرَةِ غالبٍ[عليه] كسلطان، أو عشيرة له، فحينئذٍ لا ينفعُ تسليمه، ولا يخرج عن العهدة به[4].

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥)، وبحر المذهب (٦/ ١٠٩)، والأنوار (١/ ٤٦٧).

(٢) ينظر: بحر المذهب (٦/ ١٠٩)، والأنوار (١/ ٤٦٧).

(٣) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٥)، والوسيط (٣/ ٢٤٠) والتهذيب (٤/ ١٨٨)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥)، وحلية العلماء (٥/ ٧٩)، والبحر (٦/ ١٠٩)، والعزيز (١٠/ ٣٧٦)، والروضة (٣/ ٤٨٢).

(٤) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٦)، والوسيط (٣/ ٢٤٠)، والتهذيب (٤/ ١٨٨)، وحلية العلماء (٥/ ٧٩)، وبحر المذهب (٦/ ١٠٩)، والعزيز (١٠/ ٣٧٧)، والروضة (٣/ ٤٨٢)، والنجم الوهّاج (٤/ ٤٩٩).

وحبسُه بغير حق حائلٌ[١]، وبحق كأن حبسَه الحاكمُ لاستيفاء حقٍّ فلا[٢]؛ لإمكان إحضاره ومطالبتِه بالحق، بل ذلك أسهل طرق التسليم.

(و) يخرج عن العهدة أيضاً **(بان يحضر المكفولُ به ببدنه)** بنفسه **(ويقول: سلّمتُ نفسي من جهة الكفيل)** سواء كان الكفيل حاضراً أو غائباً، وسواءٌ طلبَه أحدهما أو لم يطلبه، كما يخرج الضامن عن العهدة بأداء الأصيل الدّينَ[٣] **(ولا يكفي مجردُ حضوره)** بدون ذلك القول[٤]، لكن لو قال: " ها أنا فَشَأنك بي وخلّيتُ بينك وبيني ولا تطلبني بعد ذلك عن أحد " فالذي ينبغي أن يُفتى به براءةُ الكفيل[٥].

وتسليمُ الأجنبيّ إياه لا يُخرج الكفيل عن العهدة إلا إذا كان بإذنه[٦]، **(ولو كان المكفولُ به واحداً)** والكفيلُ اثنين وسلّمه أحدُهما: فإن كَفَلاهُ على الترتيب فلا يخرج [الآخر] عن العهدة وإن قال: سلّمته عن نفسي وعن فلان.

وإن كفلاه معاً في زمانٍ واحدٍ ففي براءة أحدهما بتسليم الآخر وجهان[٧]:

أحدهما: البراءة؛ لحصول الغرض.

والثاني: لا يبرأ؛ كما لو انفكّ أحد الرهنين بدينٍ لا ينفك الآخر.

وهذا ما اختار المصنف في الشرحين[٨].

***

---

(١) لتعذّر تسليمه خلاف الحبس بحق، أو لعدم التمكن ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٦).

(٢) أي: فلا يكون حائلاً.

(٣) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٦)، والوسيط (٣/ ٢٤٠)، والتهذيب (٤/ ١٨٨)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥)، وبحر المذهب (٨/ ١١٠)، والعزيز (١٠/ ٣٧٧)، والروضة (٣/ ٤٨٢)، والنجم الوهّاج (٤/ ٥٠٠)

(٤) أي: قوله: سلمت نفسي من جهة الكفيل، ينظر: التهذيب (٤/ ١٨٨)، والعزيز (١٠/ ٣٧٧).

(٥) ينظر: التهذيب (٤/ ١٨٨)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥)، والعزيز (١٠/ ٣٧٧).

(٦) ينظر: العزيز (١٠/ ٣٧٧) و الروضة (٣/ ٤٨٣) والنجم الوهّاج (٤/ ٥٠٠)، والأنوار (١/ ٤٦٧)

(٧) قال الشيرازي: وعندي أنه يبرأ؛ لأنّ المستحق إحضاره قد حصل فبرئا كما لو ضمن رجلان دينا فأداه أحدهما، ويخالف الإبراء؛ فإن الإبراء مخالف للأداء، والدليل عليه أن في ضمان المال لو أبرئ أحد الضامنين لم يبرأ الآخر ولو أدّى أحد الضامنين برئ. المهذّب (٣/ ٣٢٦-٣٢٧)، وبحر المذهب (٨/ ١١١)، والمجموع (١٣/ ٤٩٦)، والوسيط (٣/ ٢٤٢)، والتهذيب (٤/ ١٩١).

(٨) ينظر: العزيز (١٠/ ٣٧٧)، والأنوار (١/ ٤٦٧).

حكم غياب المكفول به

(**ولو غاب المكفول به ولم يعرف موضعه لم يكلّف الكفيلُ بإحضاره**)؛ لأنّه تكليفٌ بما لا يطاق، وأمرٌ بما لا يمكن الامتثال به[١].

(**وإن عرف**) موضعه (**فعليه إحضاره**) وإن كان البعد إلى مسافة القصر (**على الاظهر**)؛ لإمكان الإحضار وإن شَقّ، كما يؤمر [بإحضار] المال لأداء الّدين وإن بعد.

ومقابلة الأظهر ما أشار إليه من بعد بقوله: " وفيما إذا غاب إلى مسافة القصر وجهٌ: أنّه لا يكلف الإحضار"؛ للمشقة، فهو كما لو لم يعرف موضعه.

ومحل الخلاف في ما إذا لم يكن البُعد متفاحشاً.

أمّا إذا كان متفاحشاً كعشرة أيام فأكثر فلا خلاف في أنّه لا يكلف إحضاره.

(**ويمهل**) [٢] في صورة الغيبة (**مدّة الذهاب والإياب، فإن مضت المدّة ولم يحضره حُبس**).

وشرَط المتولّي مع مدّة الذهاب و الإياب مدّةَ إقامة المسافرين للاستراحة-وهي ثلاثة أيام غير يوم الدخول والخروج- ومدة [تجهيزه] وتجهيز المكفول به، ولا فرق بين أن تكون الغيبة حين الكفالة برضاه، أو بعد الكفالة.

وقولُه: "حُبِس" يقتضي إطلاقُه أن يُستدام الحبس إلى أن يتعذّر الإحضار [بموت] المكفول به [أو] انقطاع خبره[٣].

ولو قال: " خلّوني لأُحضرَه " فالذي يقتضيه كلام الجمهور أنّه يُطلق، ثمّ إن لم يُحضر حُبِس ثانياً. **ولو ذهب وعاد وقال**: لم أظفر به وأقام على ذلك بيّنة فلا يطالب به إلى أن تظهر القدرة[٤]

---

(١) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٦)، والتهذيب (٤/ ١٨٩)، والحاوي (٦/ ٤٦٥)، والبحر (٦/ ١٠٩).

(٢) وقال القاضي حسين: لا يمهل. ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٤٨٣).

(٣) ينظر: النجم الوهّاج (٤/ ٥٠١).

(٤) فإن عجز عن إحضاره بموته أوهروبه فالأصح أنّه لا يلزمه شيء، وهو معنى تضعيف الشافعي كفالة البدن. ينظر: الوسيط (٣/ ٢٤٠) والأنوار (١/ ٤٦٧).

(وفيما إذا غاب إلى مسافة القصر وجه أنّه لا يكلف الإحضار) وقد ذكرت توجيهه ومحله في محله[١].

(وأصحّ الوجهين أنّه إذا مات المكفول به ودفن)[٢]. قيّد به؛ لأنّ المطالبة لا تنقطع عن الكفيل بمجرد موت المكفول به، بل إنما ينقطع بالدفن؛ لأنّ قبل الدفن يمكن إحضاره لتقام الشهادة على صورته - **(لم يطالب الكفيل بالمال)**[٣] الذي عليه، وبه يستحق الإحضار؛ لأنّه لم يلتزمه، وليس تفويت محل الاستيفاء منه، فهو كما لو ضمن أحدٌ بالمسلم فيه فانقطع عند المحِلّ لا يطالَب برأس المال.

والثاني: يطالب به؛ لأنّ الكفالة وثيقة كالرهن[٤]، فيستوفى الدّينُ منها إذا تعذر تحصيله ممن عليه الدّين.

وأُجيب بالفرق بأن الرهن وثيقة المال؛ لأنّه مال يقوم مقامه من حيث إنّه مال، والكفالة وثيقة البدن، فلا يقوم [بدنٌ مقام بدنٍ] - كما في الحلف والطلاق - إلا بوكالة[٥].

***

شرط الغرم

(وأنه) أي: والأصح من الوجهين أنّه **(لو شُرط)** على بناء المفعول **(في الكفالة أن**

---

(١) وقد أشار الشارح إلى هذا سابقاً بقوله: ومقابلة الأظهر ما أشار إليه من بعد، بقوله: إلخ...".

(٢) أو هرب أو توارى ولم يدر محلّه. ينظر: تحفة المحتاج (٦/ ٦٥٦).

(٣) لأنه لم يضمن الدين فلا يلزمه، وهو معنى تضعيف الشافعي كفالة البدن. ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٧)، والوسيط (٣/ ٢٤٠)، والتهذيب (٤/ ١٨٩)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٦).

(٤) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٧)، والوسيط (٣/ ٢٤١)، والتهذيب (٤/ ١٨٩)، وقال الماوردي: فَلَو مَاتَ المَكفُولُ بِهِ ما حكم الكفالة؟ فَمَذهَبُ الشَّافِعِيِّ وَأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أنه لَا شَيءَ عَلَى الكَفِيلِ، وَقَالَ مَالِكٌ وَأَبُو العَبَّاسِ: "قَد وَجَبَ عَلَى الكَفِيلِ مَا عَلَى المَكفُولِ بِهِ مِنَ الحَقِّ، وَهَكَذَا يَقُولَانِ إذا تَطَاوَلَت غَيبَتُهُ وَلَم يُعرَف مَوضِعُهُ؛ لأنّ المَقصُودَ بِالكَفَالَةِ التَّوثِيقُ فِي الدَّينِ المُستَحَقِّ، فَلَو كَانَ مَوتُ المَكفُولِ بِهِ لَا يُوجِبُ عَلَى الكَفِيلِ غُرمًا لَبَطَلَت فَائِدَةُ الكَفَالَةِ"، وَهَذَا خَطَأٌ؛ لأنّ الحَقَّ لَم يَضمَنهُ، وَالمَكفُولُ بِهِ قَد مَاتَ فَلَيسَ يَقدِرُ عَلَيهِ، وَلَو جَازَ إذا كَفَلَ بِالنَّفسِ أَن يَضمَنَ المَالَ لَجَازَ إذا ضَمِنَ المَالَ أَن يَصِيرَ كَفِيلًا، وَلَكِن كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا يَختَصُّ بِحُكمِهِ. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٦)، وحلية العلماء (٥/ ٧٦)، وقال الروياني: وبه قال مالك، حكاه أصحابنا عنه، وأصحابه ينكرونه. ينظر: بحر المذهب (٨/ ١٠٥)، والعزيز (١٠/ ٣٧٨)، وروضة الطالبين (٣/ ٤٨٤)، والنجم الوهّاج (٤/ ٥٠١).

(٥) وقوله: "إلا بوكالة" مستثنى من معنى الطلاق، أي التعليق. السيد عارف (١٥).

يغرم) الكفيلُ (**المالَ إذا عجز عن تسليمه بطلت الكفالة**)؛ لأنّه علّق غرامة المال بالعجز عن التسليم، وهذا ضمانٌ [معلقٌ] بشرط، والضمان المعلَّق بالشرط باطل، وإذا بطل بطلت الكفالة المشروط فيها[1].

والثاني: تصح الكفالة؛ بناءً علىَ صحة الضمان، ولم يلتفت إلى تعليقه. وضَعفُهُ لا يخفَى[2].

***

رضاء المكفول به

(**وأنّه**) أي: والأصح من الوجهين أنّه (**لا تصحُّ الكفالة بغير رضاء المكفول به**)؛ لأنّه لو لم يرضَ بها لا يلزمه الحضور مع الكفيل، فيفوتُ مقصودُ الكفالة.

[ولا ترد الكفالة] ببدن الصبي والمجنون والميت؛ لما مرّ أنّها مشروطة بإذن الولي والوارث، والإذن يقوم مقام الرضاء، لأنّ الرضاء لا يعتبر من الصبيِّ والمجنون، ولا يمكن من الميت[3].

والثاني: يصح بغير رضاء، فإن قدر على إحضاره فبها ونعمت، وإن عجَزَ غرَم المالَ الذي عليه. وهو مبنيٌّ على الثاني في مسألة الموت[4].

***

مؤاخذة الشارح على المصنّف

ومما لا بدَّ أن يذكر في الكتاب ولم يذكره المصنف وهو أنّه إذا ضمن أحدٌ بردّ عينٍ إلى مالكها ممن هي في يده مضمونةٌ عليه كالمغصوب والمستعار والمستام فهل يصح؟ ففيه الطريقان في كفالة البدن:

أصحها: الصحة قطعاً[5]. **والثاني: جريان القولين.**

---

(١) ينظر: التهذيب (٤/ ١٨٩)، وحلية العلماء (٥/ ٧٧)، والعزيز (١٠/ ٣٧٨)، وقال النووي: "فإن قلنا يغرم عند الإطلاق صح، وإلا فالكفالة باطلة". ينظر: الروضة (٣/ ٤٨٤)، والنجم الوهّاج (٣/ ٥٠٢).

(٢) ينظر: التهذيب (٤/ ١٨٩)، والحلية (٥/ ٧٧)، والعزيز (١٠/ ٣٧٨)، والنجم الوهّاج (٤/ ٥٠٢).

(٣) ينظر: الحلية (٥/ ٧٣)، والعزيز (١٠/ ٣٧٨)، والروضة (٣/ ٤٨٥) والنجم الوهّاج (٤/ ٥٠٢).

(٤) ينظر: حلية العلماء (٥/ ٧٣).

(٥) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٧)، والوجيز (١٤٩)، والوسيط (٣/ ٢٣٩)، والتهذيب (٤/ ١٧٧).

فإذا قلنا : بالصحة(١) فإذا ردّها الضامنُ برِئَ من الضمان.

وإن تلفت فهل على الضامن قيمتها؟ وجهان:

أحدهما: عليه قيمتها؛ كما لو كان ضامناً بدينٍ فلم يتيسر الأداء من الأصيل(٢).

والثاني: ليس عليه؛ كما لو مات المكفول به، فلا يطالب به(٣).

وإذا قلنا بالوجوب فهل يجب أقصى القيم [كما] في المغصوب(٤)، أم قيمة يوم التلف؟ وجهان: حكاهما الجلاليُّ وابن الملقِّن وصححا الثانيَ؛(٥) لأنّ الكفيل غير متعدّ، وما زاد على قيمة يوم [التلف] فعلى الغاصب.

ولو لم تكن [العين] مضمونةً على من في يده كالودائع وأموال الشركة عند الشركاء والموكَّل فيه عند الوكلاء وأموال اليتامى عند الأوصياء فلا يصحُّ ضمانها قطعاً؛ لأنّ الواجب فيها التخليةُ دون الردّ. **فعلى ما ذكرنا**(٦) لو أراد أن يستعير شيئا فامتنع المعير إلا بالضمان فإذا قبض المستعارَ ثم ضمن الضامن **صحَّ باتفاق الجديد والقديم**، وإن ضمن [الضامن قبل] قبض المستعار **فالجديد بطلانُه دون القديم**.

***

شروط صيغة الضمان والكفالة

[١- الاشعار بالالتزام](فصل:لا بدَّ في الضمان) بالمال **(والكفالة)** بالبدن **(من صيغةٍ مشعرةٍ بالالتزام)**؛ لأنّ الالتزام نتيجةُ الرضا، والرضاء لا يتحقق إلا بدلالة اللفظ عليه، كما في البيع وسائر العقود(٧).

---

(١) قوله: "بالصحة" على الطريق الأول، والقول الأول من الطريق الثاني، لا القول الثاني من الطريق الثاني القائل بعدم الصحة. السيد عارف (١٦).

(٢) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٧)، والتهذيب (٤/ ١٧٨).

(٣) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٧).

(٤) قوله: " في المغصوب " أي: لا المستعار والمستام.

(٥) أي: قيمة يوم التلف ينظر: كنز الراغبين (٢٩٢)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٨٤).

(٦) في شرح شرط المضمون به من كونه ثابتاً على الجديد، والقديم صحة ضمان ما سيجب. السيد عارف (١٦).

(٧) ولو قال: " أؤدي أو أحضر " لم يكن ضامناً. ينظر: الوجيز (١٥٠) والوسيط (٣/ ٢٤٤) والعزيز (١٠/ ٣٨٠)، ولو قال: "دين فلان إلي" فوجهان: أقواهما: ليس بصريح. ينظر: الروضة (٣/ ٤٨٥).

وذكر الصيغة مبنيٌّ على الغالب، وإلا فإشارة الأخرس كعبارة الناطق فيهما[١].

(كقوله: ضمنتُ لك دينَك على فلان، أو: تحمّلتُه أو: تقلّدتُه) أي: جعلته قلادةً في ذمتي. شبهوا[٢] تعلّقَ الدين بالقلادة؛ تشبيهاً[للمعاني]بالأعيان؛ ليمكن التعبير به، كما هو شأن تشبيه المعانيَ بالأعيان.

(أو تكفلت ببدن فلان) ويقوم مقام البدن كلُّ عضو لا يمكن البقاء بدونه كالرأس والقلب والكبد والكرشِ[٣] (أو أنا بالمال) المعهود (أو بإحضار الشخص) الفلانيِّ (ضامنٌ أو كفيلٌ أو زعيمٌ أو حميلٌ) أي: حاملٌ، ومعنى الزعيم مرّ في أول الكتاب[٤].

ومن الطلبة من حمل العبارة على اللّف والنشر: فجعل ضامنٌ للمال، وكفيلٌ للشخص، وزعيمٌ [مشتركاً]بينهما، وحميلٌ للمال، والصحيح: أنّه يستعمل كلٌّ في كلٍ منهما[٥]، صَرح به السيد في شرح الحاوي[٦]، وصَرح في النَجم الوهَاج به وقال: "بأن قال: أنا بالمال ضامن، أو أنا بالمال كفيل، أو أنا بالمال زعيم، أو أنا بالمال حميل"، أو أنا بإحضار الشخص ضامن، أو أنا بإحضار الشخص كفيل، أو أنا بإحضار الشخص زعيم، أو أنا بإحضار الشخص حميل، هذا لفظه بحروفه أطنب فيه؛ دفعاً لوهم اللف والنَشر[٧].

(ولو قال: " أؤدِّي المال، أو: أُحضرُ الشخص " فهو وعدٌ) بالأداء أو الإحضار، وليس فيه ما يدلُّ على الالتزام، والوعدُ لا يوجبه[٨]؛ لأنّه إطماعٌ لا يلزم الوفاءُ به.

***

[٢- التنجيز] (والأصحُّ) من الوجهين (أنّه لا يجوز تعليقهما) أي: تعليق الضمان والكفالة

(١) ينظر: النجم الوهّاج (٤/ ٥٠٣)، وعجالة المحتاج (٣/ ٨٢٢) وإعانة الطالبين (٣/ ١٢٩).

(٢) أي: الأئمة.

(٣) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٢٥)، والوجيز (١٥٠)، والتهذيب (٤/ ١٩٢)، وحلية العلماء (٥/ ٧٤).

(٤) في بداية كتاب الضمان.

(٥) وقوله: " في كلٍ " أي: في كل من المال والشخص.

(٦) لا نعرف السيد شبرح الحاوي، و ينظر للمسألة: الحاوي الكبير (٦/ ٤٣١).

(٧) ينظر: النجم الوهّاج (٤/ ٤٨١).

(٨) وقوله: " والوعد لا يوجبه " أي: لا يوجبُ الوعدُ الالتزامَ بالموعود؛ لأنه إطماع.

(بالشروط) كما لو قال: "إذا جاء رأس الشهر، أو قدِم زيد فقد ضمنتُ أو تكّفلت"؛ بناءً على ان التزام الحقوق بمنزلة تملُّك الأعيان وتمليكها، فلا يقبل التعليقَ كالبيع[١].

والثاني: يجوز تعليقهما بالشروط، ويَلزمان بوجود المشروط به؛ بناءً على أنهما التزام محضٌ لا يشترط القبول فيهما، فلا يُشترط التنجيزُ أيضاً[٢].

***

[٣- عدم التأقيت] (وأنه) أي: والأصحُّ أنه **(لا يجوز تأقيتُ الكفالة)** بأن يقول: "أنا كفيلٌ ببدن فلان إلى عشرة أيام، أو: شهر، أو: سنة، فإذا مضَت خرجتُ عن الكفالة"؛ إذ ربما لا يظفر به في تلك المدة، فيفوت المقصود من الكفالة، فاشتمل التوقيت على الغرر، **والوثيقة والغرر متنافيان.**

والثاني: يجوز تأقيتها؛ لأنَّها تبرعٌ بعمل، فيجوز أن تؤقَّت وأن تؤبَّد[٣].

ولا يجوز تأقيت الضمان أيضاً، بأن يقول: "أنا ضامن بما لَك على فلانٍ إلى عشرة أيامٍ فإذا مضت خرجتُ عن الضمان"؛ لفوات الوثيقة بالتأقيت.

وإنما أفردَ[٤] الكفالة؛ لبيان الخلاف فيها[٥] كما في تعليقها، واختصاصُ أحد المتساويين بالذكر[٦] لغرض لا يوجب انفرادَه بالحكم.

(ولو نجَّزها) أي: الكفالة **(وشرَطَ التأخير في الإحضار شهراً جاز)**[٧] بأن قال:

---

(١) ينظر: المهذّب (٣/ ٣١٥)، والوجيز (١٥٠)، والوسيط (٣/ ٢٤٤)، والتهذيب (٤/ ١٩٠).

(٢) ينظر: المهذّب (٣/ ٣١٥)، والوسيط (٣/ ٢٤٤)، والتهذيب (٤/ ١٩٠)، والعزيز (١٠/ ٣٨٠).

(٣) ينظر: التهذيب (٤/ ١٩٠)، والعزيز (١٠/ ٣٨٠-٣٨١)، وروضة الطالبين (٣/ ٤٨٧).

(٤) أي: المصنفُ في المحرر في قوله: "لا يجوز تأقيت الكفالة" ولم يعطف عليه الضمان.

(٥) وقوله: "لبيان الخلاف فيها" أي: ولا خلاف في الضمان، بل لا يجوز تأقيته قولاً واحداً.

(٦) قوله: "واختصاص أحد المتساويين بالذكر" جواب عمّا يقال: الضمان والكفالة متساويان في نحو عدم جواز تعليقهما و [في]مفهومهما كذلك إلا بقيد المال في الضمان والبدن والعين في الكفالة، ومع ذلك أفردت الكفالة في حكم التأقيت، وذلك لاختصاصها وامتيازها عن الضمان بأن في تأقيتها خلافاً لا في الضمان كما مرّ، فلا يوجب هذا الاختصاصُ في غرض مخصوص انفرادَ الكفالة في باقي الأحكام المشتركين فيها. السيد عارف (١٨).

(٧) وقوله: "جاز"؛ لأنه التزام لعمل في الذّمة، فكان كعمل الإجارة يجوز حالاً ومؤجلاً، ومن عبّر بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة، وإلا فهو ضعيف ... تحفة المحتاج (٦/ ٢٦٤)

تكفلت ببدن فلانٍ ألآن وأُحضره بعد شهر؛[1] لأنّ الحاجة قد تدعو إلى ذلك بأن كانت المطالبة لا تكون إلا بعد شهر، ويخاف الخصم أن لا يجد كفيلاً في ذلك الوقت، وكان يجدُ الآن[2].

وتمثيلُ المصنف بقوله: "شهراً" بدل قوله: "مدةً" إشارةٌ إلى أنّه يجب أن يكون الأجل المؤخَّر إليه معلوماً، فلو قال: "أُحضره إذا قدم زيد، أو وقت الحصاد، أو قدوم الحاج"، لم يجز، صرَح به في الشرح، وإذا شَرَط التأخيرَ إلى أجلٍ معلوم فلا مطالبة منه قبله[3].

ضمان المال الحال مؤجلاً إلى أجل

(وأصحّ الوجهين أنّه لا يصح ضمانُ المال الحالّ[4] مؤجلاً إلى أجل معلوم) بأن قال: "ضمنت ما لك على فلان حالا إلى شهر"؛ لأنّه لا يلحق الأجل من الأصيل، فكذا عن الضامن؛ للمخالفة.

والثاني: يصح؛ لأنّ الضمان عقدُ إرفاق وتبرعٌ، فيحتمل اختلاف الدينين بأن يكون [حالّا] على الأصيل، مؤجَّلاً على الضامن، وهذا ما اختاره الجمهور [وقالوا:]يثبت الأجل للضامن دون الأصيل، وعليه بعض نسخ الكتاب[5]؛ فإنَّ فيه: "ويصح ضمان الحالِّ مؤجلاً"، كما صرّح به النووي في دقائق المنهاج وقال : وهو الصواب؛ لأنّه موافق لِما في الكبير[6].

والتقييد بالأجل المعلوم لبيان محل الخلاف؛ إذ لا خلاف في عدم جواز المجهول.

---

(١) وعبارة التحفة: "كضمنت إحضاره بعد شهر" أي: ونوى تعلّق "بعد" بإحضاره، فإن علّقه بضمنت فواضح أنّه يبطل، وإن كلامهم في غير ذلك، وإن أطلق فقضية كلامهم الصحة، ويوجّه بما مرّ أن كلام المكلّف يصان عن الإلغاء إلى آخره. ينظر: حاشية السيد عارف (١٨) و تحفة المحتاج (٦/ ٦٦٤).

(٢) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٤٤)، والتهذيب (٤/ ١٩٠)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥)، والعزيز (١٠/ ٣٨١)، وتوقف فيه الإمام، وجعل الغزالي في الوسيط هذا التوقف وجهاً. ينظر: الروضة (٣/ ٤٨٧).

(٣) ينظر: العزيز (١٠/ ٣٨٢).

(٤) عبارة المحرر: "المال الحال"، وحذف النووي "المال"؛ ليدخل من تكفّل كفالة مؤجلة ببدن من تكفل بغيره كفالى حالة. ينظر: عجالة المحتاج (٣/ ٨٢٢).

(٥) أي وعلى الوجه الثاني في مختار الجمهور بعض نسخ المحرر.

(٦) ينظر: دقائق المنهاج / للنووى (١٧).

وضمان المؤجل بشهر إلى شهرين كضمان الحالّ مؤجَّلا على وجه.

والطريق الأصحُّ القطعُ بجوازه.

ضمان المؤجّل حالًّا

(**وأنّه**) أي: والأصح (**أنه يصحُّ ضمانُ المؤجل حالاً**)؛ إذ ليس فيه إلا التزام تبرع التعجيل مضموماً إلى تبرع أصل الضَّمان .

والثاني: لا يصح؛[لحصول]المخالفة بين الأصل والفرع.

(**و**) على هذا والأصحّ (**أنه لا يلزمه**) [أي: الضامنَ] (**التعجيلُ**) كما لو التزم الأصيلُ التعجيلَ فلا يلزمه، لكن لو عجَّل جاز[1].

والثاني: يلزمه **التعجيل** كما [يلزمه] أصلُ الضمّان؛ لأنّ صفة [الضمان][2] تبرعٌ كأصله. وهذا هو المختار عند أبي علي.

وعلى الأصل[هل]يثبت الأجل في حق[الضامن] تبعاً للأصيل حتى [يحل] بموت الأصيل،[أو] يثبت مقصوداً فلا يحلُّ عليه بموت الأصيل؟ **فيه وجهان** : رجّح كلاً منهما المرجحون[3]. وعندي: الأصح الأول؛ لأنّ الضامن لم[يلتزمه].

وضمان المؤجل إلى شهرين[مؤجلاً إلى شهرٍ] كعكسهِ[4]، وقد[سمعتَ]الآن ما فيه من الخلاف.

[مطالبة الضامن والأصيل]

(**فصل: يفيد الضمانُ جوازَ مطالبة الضامن**) - الإضافة بمعنى من-(**للمضمون له**)؛ إذ الوثيقة[إنما تكون] بذلك[5]، سواء عجز المضمون عنه عن الأداء أو لم يعجز على الصحيح.

---

(١) فيثبت في حقه أو حق وارثه، تبعاً على الأوجه، فلو مات الأصيل حلّ عليه أيضاً ، نعم فيما إذا ضمن مؤجلاً لشهرين مؤجلاً لشهر لا يحل بموت الأصيل إلا بعد مضي الأقصر. السيد عارف (١٩)

(٢) وهي التعجيل.

(٣) ينظر: المهذّب (٣/ ٣١٦)، والوسيط (٣/ ....) والتهذيب (٤/ ١٨٠)والحاوي الكبير (٦/ ٤٥٥).

(٤) ينظر: التهذيب (٤/ ١٨٠)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٥٥)، والعزيز (١٠/ ٣٨٢)، والروضة (٣/ ٤٨٧).٤٦٨).

(٥) ينظر: الوسيط (٣/٢٤٧)، والتهذيب (٤/ ١٧١)، وقال الشافعي ﷺ: " وإذا ضمن رجل عن رجل حقاً فللمضمون له أن يأخذ أيهما شاء". ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٣٦) وحلية العلماء (٥/ ٥٨) وبحر المذهب (٦/ ٧٥)،

وفي وجهٍ: لا تجوز مطالبةُ الضامن إلا بعدَ عجزِ المضمونِ عنهُ؛ إذ الضمان إنما هو لخوف فوات الحق، ولا خوف قبل العجز. والمطل كالعجز

(ولا تنقطع مطالبته)[أي: مطالبة المضمون له][1] **(عن الأصيل)**[أي: المضمون عنه] فيتخيّر في المطالبة [منهما] أو مَن أحدهما: **أمّا من الضامن؛ لإطلاق قوله** :ﷺ «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**». **وأمّا من الأصيل**؛ فلأنَّ الحقَّ لم ينقل إلى ذمة الضامن، كما ينقل[دينُ المحتال] إلى ذمة المحال عليه في الحوالة، ولم يُبرئهُ.

وقيل: تنقطع مطالبته عن الأصيل ما دام الضامن حيّاً يُتوقع منه الأداءُ، فكأنه بالالتزام رفع العهدة[2] عن ذمّة الأصيل.

الضمان بشرط براءة الأصيل

(وأشبهُ الوجهين) إلى الحق- وفي بعض النّسخ: "وأشبه الوجوه" وهو الأصوب(٣) **(أنه لا يصحُّ الضمان بشرط براءة الأصيل)** بأن يقول: "ضمنتُ ما لك على زيد بشرط أن يكون زيد بريّاً [عن] دينك"؛ إذ المقصود من الضمان وثيقة الدين [فإذا] تضمّن براءته من الدين فات مقصودُ الضمان ومقتضاه.

والثاني: يصح الضمان والشرط، ويبرأُ به الأصيل،[وينتقل] الدينُ إلى ذمة الضامن، كالمحال عليه.

والثالث: يصح الضمان ، ويفسد الشرط[4].

والعزيز: (١٠/ ٣٨٥) وروضة الطالبين: (٣/ ٤٩٠)، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: لا يطالب الضامن إلا إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه، دليلنا؛ أن الحق متعلق بذمة كل واحد منهما، فكان له مطالبة كل واحد منهما كالضامنين. ينظر: المجموع: (١٤/ ٢٤-٢٥)، والنجم الوهّاج: (٤/ ٥٠٥)، والأنوار: (١/ ٤٦٩) وعجالة المحتاج: (٢/ ٨٢٣).

(١) عدل النووي في المنهاج عن قول المحرر: "وللمضمون له" إلى قوله: "المستحق"؛ ليدخل فيه الوارث، لكنه يشمل المحتال مع أنه لا يطالب الضامن؛ لأنّ ذمته قد برئت. ينظر: النجم: (٤/ ٥٠٥).

(٢) أي الرجعة.

(٣) لكون الوجوه ثلاثة، والأولى: الأوجه، ولم يقل: الصواب؛ لجواز أن لا يلتفت إلى واحد من الأخيرين. سيد عارف (٢٠).

(٤) ينظر: العزيز (١٠/ ٣٨٥)، روضة الطالبين (٣/ ٤٩٠)، والنجم الوهّاج (٤/ ٥٠٦).

وإذا قلنا بالثاني برئ الأصيل، بمعنى أنّه: ليس للمضمون له مطالبته أصلاً، ثمَّ إن ضمن بإذن الأصيل رجع[عليه]في الحال، وإن لم يضمن بإذنه فلا رجوع عليه أصلاً.

من يبرأ ببراءة الأصيل؟

(وبراءةُ الأصيل) أي: براءةُ المضمون له الأصيلَ - من إضافة المصدر إلى المفعول- **(يتضمنُ براءةَ الضامن)**؛ إذ الطلب منه إنما هو لأجل الدين على الأصيل، وقد سقط[بالبراءة].

(ولا عكس)[أي: براءةُ المضمون له الضامنَ لا يتضمّنُ براءةَ الاصيل]؛ لأنّ إسقاط الوثائق لا يوجب إسقاطَ الحقوق؛ ألا يرى أنّه لا يسقط الدينُ بفكِّ الرهن؟

والكفالة كالضمان في ذلك[(١)]، وضامنُ الضامن، وكفيلُ الكفيل، يبرآن ببراءة الضامن والكفيل.

وضامنُ الضامن كالضامن مع الأصيل، فإسقاطُ الضامن يتضمن إسقاطَ ضامن الضامن، دون العكس. وقس عليه كفيل الكفيل.

وإن زاد على اثنين فيبرأُ المتاخرُ بالمتقدم واحداً أو اكثر، ولا عكس[(٢)].

***

حلول أجل الدين بالموت

(ولو حلَّ أجلُ الدين على أحدهما)[أي: الضامن أو الاصيل] **(بموته لم يحلَّ على الآخر)** فلو كان الميت ضامناً أُخِذ الحق من تركته ويرجع وارثه على الأصيل عند حلول الأجل، ولا يجوز قبله؛ لأنّ الأجل إرفاقٌ بالحيِّ فلا أثرَ لموت أحد فيه[(٣)].

وإن كان الميتُ الأصيلَ فللضامن أن يقول للمضمونَ له: خُذ حقك من التركة؛

---

(١) ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٨٢٣).

(٢) لأنّ المتقدم كالأصيل وقد تقدم أنّ براءة الأصيل تتضمن براءة الضامن ولا عكس، والكفيل كالضامن. السيد عارف (٢١).

(٣) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٤٨)، والتهذيب (٤/ ١٨٠)، وحلية العلماء (٥/ ٥٨).

لتبرأ ذمتي عن دينك؛ لئلّا تهلك التركة ولا أجد أنا مرجعاً أرجعُ إليه؛ إذ لا يلزم الورثةَ أداءُ دين الميت إذا لم تكن تركة.

وظاهر عبارته يقتضي التسوية بين الموتين، لكن نقل في الشرح، وجهين، في أنَ الّدين هل يحل على الضامن، بموتَ الأصيل، أم لا؟

ووجه الحلول: ان الأصيل أصلٌ، فإذا حلَّ عليه بالموت حلّ على الضامن أيضاً[١].

والعجب منه رحمه الله تعالى؛ فإنّه يشير إلى وجوه أضعف من هذا بمراتب، ولم يُشِر إلى هذا، ولعلَه لم يُشِر إليه؛ تبعاً لما في الوجيز؛ فإنّه سَوَّى بين الموتين ولم يذكر خلافاً[٢].

***

[مطالبة المضمون له]

(وإذا طالب المضمونُ له الضامنَ بالمال)[أي:] الذي ضمنه **(كان له)** أي: للضامن **(مطالبةُ الأصيل بتخليصه)** بأن يؤديَ دينَ المضمون له فيبرأ الضامن فيخلص عن المطالبة، كما عبَّر عنه بقوله: **(بأداء المال إن ضمن بإذنه)**؛ لأنّ إذنه يتضمن الرجوع عليه، ويدفع زعم التبرع[٣].

(وأصحُّ الوجهين أنّه) أي: الضامنَ **(لا يطالبه)** أي: المضمونَ عنه **(قبل أن يطالَب)**

رويَ على بناء المفعول، أي: **قبل أن يطالَب الضامن**، [والضمير المرفوع للضامن].

- ورويَ على بناء الفاعل والضمير للمضمون له والمفعول محذوف. -

وذلك؛ لأنّه لم يتوجه عليه حقٌّ ولم يخاطَب به ولم يَغرم شيئاً فليس عليه مواخذةٌ ليطلب تخليصه.

---

(١) ولو ضمن ديناً مؤجلاً فمات الأصيل وحل عليه الدين لم يحل على الضامن، وخرج ابن القطان أنّه يحل على الضامن أيضاً؛ لأنّه فرع الأصيل، وعلى المذهب لو أخر المستحق المطالبة كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الأصيل في الحال أو إبراء ذمته .. وعن رواية الشيخ أبي علي وجه: أنّه ليس للضامن هذه المطالبة. العزيز (١٠/ ٣٨٥)

(٢) ينظر: الوجيز (١٥٠).

(٣) وإن ضمن عن رجل ديناً بإذنه نظرت: فإن طالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بتخليصه؛ لأنّه إذا جاز أن يغرمه إذا غرم جاز له أن يطالبه إذا طولب. ينظر: المهذّب (٣/ ٣١٨)، والوجيز (١٥٠)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٤٢)، وحلية العلماء (٥/ ٥٨-٦٠)، وبحر المذهب (٨/ ٨٧) والعزيز (١٠/ ٤٨٦).

والثاني: يطالبه؛ دفعا للواقعة قبل وقوعه.

وأُجيب بأنّه كما لم يُجِز تغريمه قبل الغرامة لا يجوز الطلب منه قبل ان يطالَب[1].

***

الحالة الأولى: إذا ضمن وأدّى بإذنه[2]

(وللضامن الرجوع) بما غرم (على الأصيل إذا ضمن وأدّى بإذنه) أنّه صرف ماله في منفعة من ليس عليه حقٌّ بإذنه، فإذنُهُ يتضمن التزام الغرامة له.

وحكي عن أبي عليٍّ أنّه لا يرجع حتى يصرح بالغرامة؛ إذ قد يقع ذلك تبرعاً لصداقة ونحوها.

***

الحالة الثانية: إذا ضمن وأدّى بغير إذنه[3]

(ولا رجوع له) أي: للضامن على الأصيل (إن ضمن وأدّى بغير إذنه)؛ لأنّهما صدرا عنه متبرعاً، ولم يكن للأصيل فيه دخلٌ، سواء علم به أو لم يعلم.

وقيل: إن علم به وسكت عليه رجع إليه؛ كما إذا وضع طعامه في فم مضطرٍّ؛ فإنّه يرجع إليه إذا قدر [المضطرُّ] على الأداء.

وأجيب: بأنَّ ذلك واجب عليه فلا أثر لإذن المضطرِّ فيه، فالضمان وعدمُه متعلقٌ بقصد الباذل، بخلاف الضمان.

ولم يشر [المصنف] إليه وإلى ماحكيَ عن أبي علي؛ لضعفهما، [وقد أشار إليهما] في بعض كتبه.

***

(١) ينظر: المهذّب (٣/ ٣١٨) والوجيز (١٥٠)، و الحاوي الكبير (٦/ ٤٤٢) وحلية العلماء (٥/ ٥٩و٦٠)، وبحر المذهب (٦/ ٨٧)، والعزيز (١٠/ ٣٨٦).

(٢) وأمّا القِسمُ الثَّانِي وَهُوَ أن يَضمَنَ عَنهُ بِأَمرِهِ وَيُؤَدِّيَ عَنهُ بِأَمرِهِ فَلَهُ الرُّجُوعُ لَا يَختَلِفُ؛ لأنّ الأمر بِهِ فِي الحَالَينِ يُخرِجُهُ مِن حُكمِ التَّطَوُّعِ ... ينظر: الحاوي (٦/ ٤٣٧).

(٣) وهو أن يضمن عنه بغير أمره ويؤديه بغير أمره فلا رجوع له بما أدَّى بحال، وقال مالك: إن قصد به خلاص المضمون عنه لمودة بينهما، أو صرح بالرجوع عند الأداء رجع عليه، وهذا خطأ لأنّ علياً، وأبا قتادة لو استحقا الرجوع بما ضمنا لما كان في ضمانهما فك لرهان الميت، ولأنه متطوع بالضمان والأداء فصار كمن أنفق على رقبة غيره أو علف بهائمه لم يرجع بما أنفق لتطوعه. الحاوي الكبير (٦/ ٤٣٧).

الحالة الثالثة: إذا ضمن بغير إذنه وأدّى بإذنه

(**وأصحُّ الوجهين أنّه لا رجوعَ**) [للضامن] (**أيضاً**) أي: كما إذا كان بغير إذنه (**إن ضمن بغير إذنه وأدّى بإذنه**)؛ لأنّ التزام الغرامة انما هو بالإذن في الضمان، ولم يأذن فيه.

والثاني: أنّه يرجع لأنّه أسقط عنه الحق بإذنه وهو الأصل، والضمان وسيلة إليه.

***

الحالة الرابعة: إذا ضمن بإذنه وأدّى بغير إذنه

(**والأصحُّ أنَّ له الرجوعَ إن كان بالعكس**) أي: ضمن بإذنه وأدّى بغير إذنه؛ لأنّه حصل الإذن في سبب الأداء وهو الضمان، فكأنّه أذِن في الأداء أيضاً؛ ألا يرَى أنّه مجبور بالأداءِ وإن امتنع الأصيل عنه؟

والثاني: أنّه لا يرجع؛ إذ ربما يكون الضمان، ولا تكون الغرامة، وقد وجدت الغرامة بغير إذنه.

***

المثلي والمتقوم في الرجوع

وحيث يثبت الرجوع فيرجع في المثليّ بالمثل، وفي المتقوم بالمثل صورةً عند الجمهور[١] كما في القرض[٢]. وقيل: بالقيمة، واختارهُ المراوزة.

(**ولو أدّى الضامن المكسرة عن الصحاح**) بغير إذن الأصيل (**أو صالح عن مائة**) كانت للمضمون له على الأصيل (**على ثوب**) له (**قيمته خمسون**) وحصل ذلك بلفظ الإبراء ونحوه (**فالأصح**) من الوجهين (**أنه**) أي: الضامنَ (**لا يرجع إلا بما غرم**) وهو المكسرة في الأولى، وخمسون في الثانية؛ إذ الرجوع لجبر ما غرم، لا للمماكسة والمرابحة[٣]، لأنّ الضمان إرفاق؛ لأنّه تبرع.

---

(١) ينظر: تحفة المحتاج (٦/ ٢٥٩-٢٦٠)، و (٦/ ٦٧٣)

(٢) المراد به الدين.

(٣) وَالمُمَاكَسَةُ و المُرَابَحَةُ مرّ من الشارح شرحهما: في كتاب البيع وفي الحجر على الصبي.

[والثاني: يرجع بالصحاح والمائة؛ لأنهما سقطا عن الأصيل بفعله، والمسامحة إنما جرت معه؛ لأجله، لا لأجل الأصيل، فكأنه أدّاهما[١].

ولو كان الأداء أو الصلح بإذنه ففيه طريقان: أحدهما: طرد الخلاف].

والثاني: القطع بعدم الرجوع.

والفرق: أنَّ ذلك وقع بإذنه، فيكون ذلك هو الملتزم للغرامة.

***

من أدّى دينَ غيره بلا ضمان وبغير إذنه

(ومن أدَّى دين غيره بلا ضمانٍ ولم يأذن المديونُ فلا رجوع)؛ لأنّه تبرعٌ محضٌ، فهو كما لو كان الدين له [٢] فأبرأه عنه بغير إذنه، فربما إذا علم به وسكت[٣]، [الخلاف] المار.

(ولو أذن) له في الأداء (بشرط الرجوع، رجع عليه) بلا خلاف؛ اتّباعاً للشرط[٤].

(وإن أطلق) الإذن ولم يشرط الرجوع (فكذلك) [أي:] رجع عليه (في أصحّ الوجهين)؛ اتّباعاً للعرف في ذلك؛ لأنّه المتعارف فيما بين الناس.

والثاني: لا يرجع إليه؛ لأنَّ الإذن في الأداء لا يستلزم الرجوع[٥]، كما[لو]التمس طعاماً من غيره وأكَله بإذنه، أو التمسه وذهب به بإذنه، فيكون بمنزلة السؤال والإعطاء.

ولو كان محبوساً فقال لغيره: " أعطِ من حبسَني مالاً ليُطلقني من الحبس " [فأعطى

---

(١) والثالث: يرجع في المائة لا في الصحاح؛ لأنّ غير الجنس يقع عوضاً، والمكسّر لا يقع عوضاً عن الصحيح، بل هو مجرّد مسامحة، فلو كانت قيمة الثوب أكثر من مائة، لم يرجع إلا بمائة. ينظر: النجم الوهّاج (٤/ ٥٠١).

(٢) أي: للمؤدي، لا دين غيره، فإن الإبراء لا يحتاج إلى الإذن. السيد عارف (٢٣)

(٣) كذا في النسخ: (٢٨٣ اللوحة ٠٠٧٦) (٢٥٣٤٢) ل (٦٤٤١) (٣١٧٢) ل (٠٠٠٤٨٥)، بيارهل (٢٨٠)، والظاهر أن في العبارة سقطاً ولم نتمكن من تصحيحها بالإفادة من شروح المنهاج.

(٤) لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» صححه إبن حبّان من رواية أبي هريرة، وفي حكم الإذن بشرط الرجوع التوكيل بالشراء على الأصح؛ لأنّ في ضمن أمره بالشراء أمره بدفع الثمن. ينظر: النجم الوهّاج (٤/ ٥١١).

(٥) واختاره الشيخ أبو حامد. ينظر: النجم الوهّاج (٤/ ٥١١)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٥).

وأطلقه] رجع بلا خلاف، ولو أعطى بغير التماسه ولا مراجعته فهو إحسانٌ محضٌ ومعاونةٌ على البرِّ فلا يرجع قطعا[١].

***

الصلح في الضمان

(والأصحُّ) من الوجهين (انّ مصالحته) أي : الضامنِ والمأذونِ له في الأداء (على غير جنس الدّين) بغير إذنه (لا تمنع) تلك المصالحةُ (الرجوعَ) على الأصيل؛ لأنّ مقصود الإذن في الأداء أن يسقط الدين عن ذمته وتحصل البراءة، وقد [حصلا][٢].

والثاني: يمنع الرجوع؛ لأنّه إنما أذِن في الأداء دون المصالحة، فكأنَّ المصالحة وقعت تبرعاً، وربما لا يرضى بغرامة ما[صولح]عليه بخلاف جنس دينه.

وعلى الأوّل يرجع بما غرم، لا بجنس دينه.

فإن كان أحدهما أقلَّ فيرجع بالأقل؛ لأنّه إن كان المصالح عليه أقلَّ فهو المغروم، وهو لا يرجع إلا بما غرم، وإن كان الدين أقل فهو الذي يلزم على الأصيل أداؤه، والزيادة وقعت مسامحةً من الضامن للمضمون له، فلا دخل للأصيل فيها.

أدَّى وأشهد على الأداء

(ثمّ رجوع كل واحد من الضامن والمؤدِّي فيما إذا أدَّى وأشهد على الأداء)؛ ليكون الشهود حجةً عند إنكار الأصيل أو المضمون له (إما رجلين) وهو أقوى طرق الإشهاد؛ لنفوذهما في كل نوع (أو رجلا وامرأتين)؛ لأنّه من الحقوق المالية، وليس في الطريقين خلاف.

---

(١) إن كان حالها يقتضي الرجوع رجع ، وإلا فلا. ينظر: النجم الوهّاج (٤/ ٥١١).

(٢) أما الضامن فلو صالح على غير الجنس يرجع بلا خلاف لأنّ بالضمان ثبت الحق في ذمته ثبوته في ذمة الأصيل والمصالحة معاملة مبنية عليه بخلاف المأذون من غير ضمان ثم ينظر ان كانت قيمة المصالح عليه أكثر من قدر الدين لم يرجع بالزيادة؛ لأنّه متطوع بها وإن لم تكن أكثر كما لو صالح من ألف على عبد يساوى تسعمائة فوجهان وقيل قولان: أصحهما أنّه لا يرجع إلا بتسعمائة؛ لأنّه لم يغرم سواها، والثانى يرجع بالألف؛ لأنّه قد حصل براءة الذمة بما فعل. ينظر: العزيز (١٠/ ٣٩٠).

(**وفي معناهما**) أي معنى إشهاد الرجلين أو إشهاد رجل وامرأتين (**إشهادُ رجل ليحلف معه[على الاصحِّ**) من الوجهينِ]؛ لأنّ ذلك طريق لإثبات المال، والأداء من حقوقه[1].

والثاني: لا يكفي ذلك؛ لأنّه ليس بمتفق عليه، فربما يترافعان إلى من لا يقضي بشاهد ويمين، كالحنفي، أو شافعي تابع للمزني في ذلك[2].

أدَّى ولم يشهد على الأداء

(**أما إذا لم يُشهد على الأداء**) بطريق من الطرق الثلاثة (**فلا رجوع**)؛ إذ لا يقبل قوله في الأداء بيمينه وإن كان صادقاً في نفس الأمر (**إن جرى الأداء في غيبة الأصيل وكذبه الأصيلُ**)؛ لأنّ الأصل بقاءُ الحق وعدمُ الأداء، فلا نترك استصحابه إلا بيقين[3].

(**وكذا لو صدّقه الأصيل في أظهر القولين**)؛ إذ بتصديق الأصيل لا تسقط المطالبه عنه من المضمون له، فلا ينفع ذلك التصديق، فيلحق بالعدم.

والثاني: يرجع؛ لأنّ التصديق إقرارٌ ببراءة ذمته عن الدّين بإذنه، فيؤاخذ به كسائر الأقارير.

(**نعم، لو صدّقه**) أي: الضامنَ (**ربُّ المال**) أي: المضمونُ له [الدائن] في صورة الأداء بغير ضمانه (**فالأظهرُ**) من الطريقين (**ثبوتُ الرجوع**) للضامن والمؤدّي على الأصيل فيهما؛ لسقوط الطلب عن الأصيل بإقراره، بل هو أقوى من البيّنة مع إنكاره.

والطريق الثاني فيه قولان:

وقائل المنع يقول: إن تصديق ربّ الدين ليس بحجة على الأصيل.

(**وإن أدَّى في حضوره**) أي حضور الأصيل (**فالظاهر**) من القولين في الطريق الأول (**الرجوع**)؛ لأنّ علمه قد حصل بالأداء، فإنكارُ ربِّ الدّينِ تعدٍّ وظلمٌ، فلا يسقط به ما ثبت معاينةً عند المستحق عليه.

---

(١) وصورة هذه المسألة: أن يموت الشاهد أو يغيب وترفع الواقعة إلى حنفي لا يقضي بشاهد ويمين، أمّا لو حضر وشهد وحلف معه الضامن عند من يحكم به فإنه يرجع قطعاً،كذا نقله في المطلب عن جماعة. ينظر: النجم الوهاج (٤/ ٥١٢).

(٢) العزيز (١٠/ ٣٩٧).

(٣) ينظر: العزيز (١٠/ ٣٩٨)، والنجم الوهاج (٤/ ٥١٣)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٥).

والثاني: لا يرجع إذا أنكر ربُّ الدين؛ لأنّه لم ينفع الأصيلَ أداؤه؛ لترك الإشهاد.

وفي كلام أبي العلاء القونوي[١] ما يجاب به ذلك، وهو: أن المؤدي إذا كان [الأصيل][٢] غائبا فعليه الاحتياط في التوثيق، وإذا كان الأصيل حاضراً فالاحتياط عليه، فالتقصير [منسوب] إليه؛ إذ هو المقصر بترك الإشهاد[٣].

---

(١) القونوي، أبو علاء، علاء الدين علي بن إسماعيل، شارح الحاوي الصغير، سبقت ترجمته في المجلد الأول من الوضوح.

(٢) زيادة ظاهرة الاحتياج إليه يحتاج إليها في تصحيح العبارة وضعناها بين قوسين.

(٣) ينظر: العزيز (١٠/ ٣٩٨)، والنجم الوهاج (٤/ ٥١٣)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٥).

بحمد الله تعالى وتوفيقه تم التعليق والتحقيق على كتاب الضمان والكفالة من الوضوح بالإفادة من تحقيق الشيخ عمر محمد عمر البيذوي، وقد كان تحقيقه مميزاً بتضمين بعض تعليقات شيخنا الراحل المهتم بالوضوح في حياته والمتمني لطبعه ولم يرزق حصول متمناه إلى أن انتقل إلى رحمة الله تعالى الشيخ السيد عارف الخورمالي البيلنكي، وكانت بعض تعليقاته مهمة جداً لتوضيح عبارة الوضوح فأبقيتها داعياً لشيخنا الراحل والمحقق المجتهد بالأجر، وطالباً من الرحيم المنان أن يمد في عمري إلى أن أكمل إعداد كتاب الوضوح للطبع.

وقد كانت بداية هذه الحصة في المخطوطة (٣١٧٢) من اللوحة (٠٠٤٨١)، ونهايتها فيها في اللوحة (٠٠٤٨٦) وفي المخطوطة (٢٧٢٦) من اللوحة (٦٢)، ونهايتها فيها في اللوحة (٦٦)، وفي المخطوطة (٢٨٣) مكتبة الحاج مخلص في أربيل من اللوحة (٧١)، ونهايتها فيها في اللوحة (٧٦)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة من اللوحة (٢٧٥) إلى اللوحة (٢٨٠و)، وفي مخطوطة مكتبة الخال من اللوحة (١٣١) إلى اللوحة (١٤٠)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات من اللوحة (٦٤٣٦) و، وتنتهي في اللوحة (٦٤٤١). ويليه بإذن الله تعالى تحقيق كتاب الشركة، ونهايات هذه اللوحات بداية كتاب الشركة.

كتاب الشركة

وهي في اللغة: النصيب والحصة؛ قال ﷺ: «**مَن أَعتَقَ شِركًا لَهُ فِي عَبدٍ...**»[1] أي: نصيباً[2]. وقال النابغة الجعدي[3]:

وَشَارَكنَا قُرَيشًا في تقاها　　　وفي أَحسَابِهَا شِركَ العِنَانِ[4]

أي: أخذنا نصيباً من التقى والحسب.

وفي الشرع اسم لعقد يتضمن ثبوت الحق في الشيء لاثنين فصاعداً على سبيل الشيوع[5].

[وسُمّي] المتعاقدان شريكين؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما له [شِركٌ] أي: نصيبٌ في المال.

وقيل: في اللغة: الخلط [والمزج]، وفي الشرع: عبارةٌ عن اختلاط المال وامتزاج الحقوق بين أكثر من واحد[6].

---

(١) صحيح البخاري، رقم (٢٥٢٢)، وصحيح مسلم، رقم (١- (١٥٠١).

(٢) لسان العرب (١٠/ ٤٤٨)، وتهذيب اللغة (٣/ ٣١٣)

(٣) هو حبان بن قيس بن عبد الله بن وحوح بن عدس، ويكنى أبا ليلى، سمي نابغة؛ لأنه أقام مدة لا يقول الشعر ثم نبغ فقاله، وكان ممن فكر في الجاهلية وأنكر الخمر والسكر وما يفعل بالعقل، وهجر الأزلام والأوثان، وقال في الجاهلية كلمته التي أولها: الحمد لله لا شريك له ... من لم يقلها فنفسه ظلما وكان يذكر دين إبراهيم والحنيفية، ويصوم ويستغفر، ويتوقى أشياء لعواقبها، ووفد على النبي ﷺ، وشهد مع علي بن أبي طالب ﷺ صفين، وكان النابغة شاعراً متقدماً. ينظر: الأغاني، لأبي الفرج الأصبهاني، تحقيق: علي مهنا وسمير جابر - دار الفكر للطباعة والنشر - لبنان (١/ ٢٠).

(٤) بما ولدت نساء بني هلالٍ ... وما ولدت نساء بني أبان. ينظر: الأغاني (١/ ٢٠).

(٥) المجموع (١٤/ ٦٢).

(٦) ينظر: النجم الوهّاج: (٥/ ٧)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٧)، وكفاية الأخيار (٣٢٢).

ثم هي بفتح الشين المصدر، وبالكسر المعنى الحاصل بالمصدر، والمراد الثاني[1].

والأصل فيها ما روى الشيخان: «عن رسول الله ﷺ أنه قال» حاكياً عن الله تعالى: «يقول الله» عزّوجلّ: «أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَينِ» أي: حفظي وبركتي وعوني، وهو مجاز والقرينة العقل، أي: إحالة العقل إرادة [الظاهر] منه كما في قوله: ﴿ وَجَآءَ رَبُّكَ ﴾ (الفجر: ٢٢). أو إيجاز حذف والمحذوف يتعلق بالعقل[2] على اختلاف الرأيين «مَا لَمَ يَخُن أحدهما صَاحِبَهُ» بالتصرف على خلاف إذن صاحبه، أو بالتناول على خلاف العادة، أو [إصفاء] الأحسن لنفسه وإبقاء غيره للشركة، وغير ذلك «فَإِذَا خَانَ» أحدُهما «خَرَجتُ مِن بَينِهِمَا»[3]. وفي رواية: «الشريكان اللهُ ثالثُهما ما لم يخن أحدهما، فإذا خان تخيّبت الشركة بينهما»[4].

وكان قيس بن [السائب][5]، شريكَ رسول الله ﷺ [في البَزِّ والأُدم][6]، وقال: «خير

---

(١) أفصح لغاتها: كسر الشين وإسكان الراء، والثانية: فتح الشين وكسر الراء، والثالثة: فتح الشين وسكون الراء. ينظر: النجم الوهّاج (٥/ ٧)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٧).

(٢) كذا في الخال (١٤١)، والمخطوطة (٢٥٣٤٢) ل (٦٤٤١)، وفي (٢٨٣) ل (٠٠٠٧٦) و(٢٧٢٦) ل (٦٦) و(٣١٧٢) ل (٠٠٤٨٦): بالعلق، ولا يظهر لنا المراد.

(٣) المستدرك (٢/ ٦٠)، رقم (٢٣٢٢) وقال الحاكم: وَهَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الإِسنَادِ وَلَم يُخَرِّجَاهُ"، وصححه الذهبي، وسنن أبي داود ت الأرنؤوط (٥/ ٢٦٤)، رقم (٣٣٨٣) وضعفه محققه شعيب الأرنؤوط، وسنن الدارقطني (٣/ ٤٤٢)، رقم (٢٩٣٣).

(٤) لم أهتد إلى مصدر هذه الرواية.

(٥) وقد اختلف فيمن كان شريك النَّبِيّ ﷺ، فقيل: هذا، وقيل: إن أباه كان شريك النَّبِيّ ﷺ، وقيل: قيس بن السائب، وقيل غيرهم، والسائب بن أبي السائب- واسم أبي السائب صيفي بن عائذ- أو عابد، وقيل: اسم أبيه نميلة، وكان شريك النَّبِيّ ﷺ قبل المبعث بمكة، من المؤلفة قلوبهم، وممن حسن إسلامه منهم، وَأَعطَاهُ يَومَ الجِعرَانَةِ مِن غَنَائِم حُنَينٍ، وله ولد اسمه عبد الله صحابي أيضاً، والحَدِيثَ فِيمَن كَانَ شَرِيكَ رَسُولِ الله ﷺ مِن هَؤُلَاءِ مُضطَرِبٌ جِدّاً، مِنهُم مَن يَجعَلُ الشَّرِكَةَ لِلسَّائِبِ وَمِنهُم مَن يَجعَلُهَا لِأَبِي السَّائِبِ أَبِيهِ كَمَا ذَكَرنَا عَنِ الزُّبَيرِ هَهُنَا، وَمِنهُم مَن يَجعَلُهَا لِقَيسِ بنِ السَّائِبِ [بنِ عُوَيمِرٍ]، وَمَعَهُم مَن يَجعَلُهَا لِعَبدِ بنِ أَبِي السَّائِبِ وَهَذَا اضطِرَابٌ لَا يَثبُتُ بِهِ شَيءٌ وَلَا تَقُومُ بِهِ حُجَّةٌ ينظر: أسد الغابة ط الفكر (٢/ ١٦٣)، رقم (١٩١١)، والعقد الثمين فى تاريخ البلد الأمين (٤/ ١٦٢)، رقم (١٢٤٣)، والروض الأنف ت السلامي (٥/ ٢١٢)، ونصب الراية (٨/ ٤٤٩- ٤٥٠)، وتلخيص الحبير (١٠/ ٤٠٤و٤٠٥).

(٦) لم نجده بهذا اللفظ، وفي السنن الكبرى للبيهقي ت التركي (١١/ ٥٧٠)، رقم (١١٥٣٢): «عن السَّائبِ بنِ أبي السَّائبِ أنَّه كان شَرِيكَ النَّبِيِّ ﷺ في أوَّلِ الإسلامِ في التِّجارَةِ، فلَمّا كان يَومُ الفَتحِ قال: مَرحَبًا بأخِي وشَرِيكِي لا تُدارِي ولا تُمارِي»، وفي المراسيل لأبي داود (ص: ١٥٩) رقم (١٦٣): عَنِ ابنِ شِهَابٍ، قَالَ: «أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَكِيمَ بنَ حِزَامٍ بِالتِّجَارَةِ فِي البَزِّ وَالطَّعَامِ، وَنَهَاهُ عَنِ التِّجَارَةِ فِي الرَّقِيقِ»

الشريك من لا يشاري ولا يماري ولا يداري»[1]. أي لا يلحُّ ولا يجادل ولا يدافع عن حق.

أنواع الشركة

(**الشركة أنواعٌ**) أي: مطلق ما يعدّه العوامُّ شركةً لا الشركة الصحيحة، والفائدة في ذكرها [التنبيه]على أنَّ تلك الأنواع موجودة صحيحة عند بعض المذاهب، وأنّ الصحيح منها ماهو عندنا[2]. (**منها شركة الأبدان**) و أهل العراق يسمونها شركة الأعمال ليقابل شركة الأموال (**وهي شركة الحمالَين**) يشترك اثنان فأكثر في حمل الأمتعة إلى السوق، أو من السوق إلى البيوت، ويأخذون الأجرة على الحمل (**والدلالَين**) وهي أن يشتركا في إدارة الأمتعة والحيوانات في الاسواق برفع الاصوات: من يشتري الشيء الفلانيّ بكذا؟ أو: عندي من الأقمشة كذا وكذا، [ولا]يدور بها، بل ينادي ويدعو الناس ويرغب [في شراها]، ويأخذ الأجرة على ذلك[3] (**والمحترفة**) أي: أرباب الحرفة: الخياطَين والنجارَين والإسكافَين والحدادَين، والقواسَين وساير الحرف[4] (**ليكون ما يكتسبان بينهما على تساوٍ أو تفاوتٍ مع اتفاق الصنعة**)

---

(١) المستدرك (٢/ ٦٩)، رقم (٢٣٥٧)، بلفظ" «**لَا يُدَارِي وَلَا يُمَارِي**»، وقال الحاكم: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الإِسْنَادِ وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ»، وصححه الذهبي، وسنن ابن ماجه ت الأرنؤوط (٣/ ٣٨٨)، رقم (٢٢٨٧) بلفظ" «**كُنتَ شَرِيكِي فِي الجَاهِلِيَّةِ، فَكُنتَ خَيرَ شَرِيكٍ، كنت لَا تُدَارِينِي وَلَا تُمَارِينِي**»، و سنن أبي داود (٤/ ٢٦٠)، رقم (٤٨٣٦)، وفي الروض الأنف ت السلامي (٥/ ٢١٢) بلفظ: «"**نِعمَ الشَّرِيكُ كَانَ أَبُو السَّائِبِ لَا يُشَارِي وَلَا يُمَارِي [وَلَا يُدَارِي]**»، وَقَولُهُ: يُشَارِينِي مِن شَرِيَ الأمر بَينَهُم إذا تَغَاضَبُوا. الروض الأنف ت السلامي (٥/ ٢٢٥)، والمدارأة: المخالفة والمدافعة، يقال: فلأنٌ لا يدارىء ولا يماري، وفي الحديث: «**كان لا يداري ولا يماري**» أي: لا يشاغب ولا يخالف وهو مهموز، وروي في الحديث غير مهموز ليزاوج يماري. لسان العرب (١/ ٧١).

(٢) أراد به دفع مايرد على المتن من أن الباطل لايسمّى شرعا شركة. السيد عارف (٢٦)، قد يقال: ما المانع من أن المراد أنها بالمعنى الشرعي؟ بناء على أنَّ المعنى الشرعي يشمل الصحيح والباطل. ينظر: حاشية الشرواني (٧/ ٤)

(٣) جاء في هامش المخطوط: (كقول الصبيان: هەی نەنگوری هەی نەنگوری، هەی بەرد یشا هەی هەی لوای) فيعطي صاحب التهنگور ـ أي: العنب ـ الصبيان بعضاً من العنب، أي: أجرة النداء ليأتوا لشراء العنب، ومعنى النداء: (يا مشتري العنب، هنا عنب يباع، فأتوا إلى شرائه، قد ذهبوا بشرائه، وصاحب العنب على الرحيل). السيد عارف (٢٧).

(٤) الإسكاف: الخراز وصانع الأحذية ومصلحها جمعه: أساكفة. المعجم الوسيط (١/ ٤٣٩).

كشركة الخياطَين [أو] الإسكافَين (**أو اختلافها**) كخياط ورفاءٍ، أو حداد ونجار[1].

(**ومنها شركة المفاوضة**) بفتح الواو، وهي المكالمة والمحاورة لغة، سُمي بذلك؛ لأنه ليس بين الشريكين سوى الوعد والغرور بالقول[2]، **وقيل: هي من التفويض**، وهو إرسال الأمر إلى الآخر، وتسليم عنان الاختيار، أي: [يرضى] كل واحد بما يفعل الآخر.

(**وهي أن يشترك اثنان**) قال الشيخ أبو اسحاق: بأموالهما الكائنة وأبدانهما[3] (**ليكون بينهما ما يكتسبان**) بالعمل من أخذ الأجرة والجعل والاتهاب والاحتطاب[4] (**ويربحان**) بالتجارة في الأموال (**ويلتزمان من غُرم**) أي: يقولان: علينا ما وقع من غرامةٍ بتلف أو غصب أو غبن البيوع (**وينالان**) أي: يصلان (**من غنم**) ببيع فاسد أو صحيح، أو قرض على وفق الشرع، أو دونه[5].

(**ومنها شركة الوجوه**) يسمى بها؛ إذ ليس بينهما إلا وجههما، والمراد [منهما شهرتهما] بالأمانة وصدق الأقوال، وشرف الحسب والنسب.

وقيل: إنه لا مال لهما، فينظر أحدُهما في وجه صاحبه متى ينتهز لهما فرصة الابتياع.

(**وهي أن يشترك وجيهان**) أي: معروفان، ومنه قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَكُونُوا۟ كَٱلَّذِينَ ءَاذَوْا۟ مُوسَىٰ فَبَرَّأَهُ ٱللَّهُ مِمَّا قَالُوا۟ۚ وَكَانَ عِندَ ٱللَّهِ وَجِيهًا ﴾ (الأحزاب: ٦٩). (**ليبتاع**) أي:

---

(١) فهذه شركة باطلة، وقال مالك: تجوز إذا كانا متفقي الصنعة، ولا تجوز إذا كانا مختلفي الصنعة، وقال أبو حنيفة: تجوز مع اتفاق الصنعة واختلافها، ولا تجوز في الأعيان المستفادة بالعمل كالاصطياد والاحتطاب، وقال أحمد بن حنبل: تجوز في كل ذلك حتى في الاصطياد والاحتشاش. قال بعض أصحابنا: للشافعي قول آخر أنها جائزة، وليس بشيء، وقال النووي: وفي وجه ضعيف يصح سواء اتفقت الصنعة أم لا، وجوزها أبو حنيفة مطلقاً، ومالك وأحمد مع اتحاد الحرفة، قال بعضهم: والوجه أنه ليس من الشركة وإنما له حكمها وهو ظاهر حيث انفرد كل واحد، وكذا يقال فيما بعدها. ينظر: كنز الراغبين (٢/ ٤١٦)، والحلية (٥/ ٩٧و٩٨)، والروضة (٣/ ٥٠٥)، والنجم (٥/ ٨)، وينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٧٩).

(٢) وقوله: ليس بين الشريكين سوى الوعد .. لا يتوافق مع قول الشيخ أبي إسحاق: بأموالهما الكائنة وأبدانهما. السيد عارف (٢٧).

(٣) ينظر: المهذب (٣/ ٣٣٦).

(٤) الاتهاب: قبول الهدية، والاحتطاب: جمع الحطب. ينظر: طلبة الطلبة (١٩٥) و (١٨٠).

(٥) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٦)، والوجيز (١٥٢)، والوسيط (٣/ ٢٦٢)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٧٥)، وحلية العلماء (٥/ ٩٩)، وبحر المذهب (٨/ ١٢٦) والعزيز (١٠/ ٤٩٥)، والروضة (٣/ ٥٠٦).

ليشتريَ (كلُّ واحد منهما بثمنٍ مؤجلٍ) ولا يحترز منهم الناس في النسيئة؛ لاشتهار أمانتهما (على أن يكون ما ابتاعاه) أي: اشترياه (بينهما) ملكاً (فإذا باعاه) بعد ما اشترياه (وأدَّيا الأثمانَ) الملتزمة في ذمتهما على أرباب الأمتعة (كان الفاضلُ) [عن] الأثمان لو فَضَلَ (بينهما، وهذه الانواع) الثلاث (باطلة):

أما شركة الابدان؛ فلأنَّ كلاًّ من الشركاء مختصٌّ بفوائده؛ لتميُّزهم بالعمل والبدن[1].

[ثم] إن اختلط المكتسب فيقسم بينهم على حسب أجرة العمل، لا على حسب الشرط؛ لبطلانه، وإن لم يختلط فكلٌّ ينفرد بما كسب، وليس للآخر فيه نصيب.

وأما شركة المفاوضة؛ فَلِما فيها من أنواع الغرر والجهل، مع أنَّ كلًّا منهما يختص بما يكسبه ببدنه أو ماله أو شرائه[2]، ونقل المصنف[في الشرح]عن الشافعي أنه قال: إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة[فلا باطل] في الدنيا، هذا لفظه رحمه الله تعالى، ثم قال المصنف: أشار الشافعي رحمه الله تعالى بذلك إلى كثرة ما فيها من أنواع الغرر والجهالات والقسمة فيها[3]، كما ذكرنا في شركة الأبدان[4].

---

(١) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٥)، والوجيز (١٥٢)، والوسيط (٣/ ٢٦٢)، والتهذيب (٤/ ١٩٩).

ودليلنا نهيه ﷺ عن الغرر، وشركة الأبدان غرر؛ لأنه قد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر، وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٧٩) وحلية العلماء (٥/ ٩٧و٩٨)، والبيان (٢/ ٣٢٩)، والبحر (٨/ ١٢٧) والعزيز (١٠/ ٤١٤)، وروضة (٣/ ٥٠٥)، والنجم الوهّاج (٥/ ٨)، والعجالة (٢/ ٨٢٨).

(٢) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٦)، والوجيز (١٥٢)، والوسيط (٣/ ٢٦٢)، والتهذيب (٤/ ١٩٩و٢٠٠) شركة المفاضلة هو أن يتفاضلا في المال ويتساويا في الربح أو يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح فهذه شركة= باطلة. وقال أبو حنيفة: هي شركة جائزة. ينظر: الحاوي (٦/ ٤٧٧و٤٧٨)، وحلية العلماء (٥/ ٩٩و١٠٠)، والبيان (٢/ ٣٢٩)، والبحر (٨/ ١٢٧و١٢٦)، والعزيز (١٠/ ٤١٥)، والروضة (٣/ ٥٠٥)، والنجم (٥/ ٨) والعجالة (٢/ ٨٢٨).

(٣) ينظر: العزيز (١٠/ ٤١٥).

(٤) أي: إن اختلط العمل فبينهم على حسب أجرة العمل، وإن لم يختلط فكل ينفرد بما كسب. السيد عارف (٢٨).

وأمّا شركة الوجوه(1): فلأنَّ كلًّا منهما متميِّزٌ عن الآخر بالعمل والمال(2) والربح، ووكالةُ كلٍّ منهما الآخرَ فاسدٌ؛ لعدم العلم بما يوكّل فيه(3).

***

تفسيران آخران لشركة الوجوه

وفي شركة الوجوه تفسيران آخران لم يُشر إليهما المصنف، ولا بُدَّ منهما:

أحدُهما: أن يشترك وجيهٌ معروف الذكر وخاملٌ(4) لا يعرفه أحد أو لا يعدُوه من الأشراف والأُمناء ليبيع الوجيهُ مالَ الخامل؛ إذ الراغب إلى بيع الوجيه أكثر من الخامل، فيبيعه بزيادة، ويكون ما زاد أو بعضُه للوجيه.

وثانيهما: أن يشتريَ [وجيهٌ] شيئاً في [ذمته]، ويدفعه إلى خامل ليبيعه بزيادة إلى أجل لتكون الزيادة بينهما.

وبهذين التفسيرين باطلٌ أيضاً؛ للوكالة الفاسدة بفساد المسمى؛ للجهل به(5).

(**ومنها شركة العنان**) وهي المقصود من الكتاب، والعنان بكسر العين بمعنى: حبس، يقال: عُنَّ الرجلُ إذا حُبِس، والعنين محبوس عن النساء، ومنه عِنان الدابة؛ لحبسها عن إرادتها، سُمي بها؛ لأنَّ كلّ واحدٍ من الشريكين محبوسٌ على ما أُجيز له

---

(1) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٦و٣٣٧)، والوجيز (١٥٢)، والوسيط (٣/ ٢٦٢)، والتهذيب (٤/ ١٩٩وقال أبو حنيفة: هي شركة جائزة؛ استدلالاً بأنها نوع شركة فوجب أن يكون منها ما يصح كشركة العنان، ودليلنا: أنها شركة في غير مال فوجب أن تكون باطلة كالشركة في الاصطياد والاحتشاش على أنها مبنية على شركة الأبدان. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٧٧و٤٧٨)، وحلية العلماء (٥/ ١٠٢و١٠٣)، والبيان (٢/ ٣٣٧)، وبحر المذهب (٨/ ١٢٨و١٢٩)، والعزيز (١٠/ ٤١٦و٤١٧)، وروضة الطالبين (٣/ .....) والمجموع (١٤/ ....)، والنجم الوهّاج (٥/ ٩)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٨)، والأنوار (٤٧٢).

(2) لا يخفى أنه تقدّم أنه "ليس بينهما إلا وجههما، وكذا قيل أنه لا مال لهما"، لكن قوله "ينتهز لهما فرصة الابتياع " والابتياع لا يكون إلا بالمال أو نحوه كالمنافع يدلّ على أن لهما مالاً، لكن لا بالاختلاط والامتزاج، وحينئذ يقال: لعدم المال المشترك فيه الذي يرجع إليه عند انفساخ العقد، كما في المغني. سيد عارف (٢٨).

(3) ولعدم المال فيهما، ولما فيها من الغرر؛ إذ لا يدري أن صاحبه يكسب أم لا؟ س عارف (٢٨).

(4) والخامل: الذي لا ذكر له في الناس لا بعلم ولا بفضل ولا بنحو ذلك. معجم لغة الفقهاء (٢٠١).

(5) ينظر: العزيز (١٠/ ٤١٦ -٤١٧) وقد ذكرناه أيضاً في بداية ذكر النوع الثالث: شركة الوجوه.

من التصرف، فلا يتجاوزه كما لا تميل الدابةُ[إلى اليمين أو الشمال] إذا استوى [طرفا] عنانها **وقيل**: من عَنَّ إذا ظهر، يقال: عنّ له أمرٌ إذا ظهر، سمي بها؛ لظهور الأمر فيها من غير غرر وجهل.

(وهي صحيحة)؛ بالإجماع؛ لأنّه المنقول عن الصحابة[1].

***

شرط الركن الأوّل لشركة العنان: الصيغة

(ولا بدَّ فيها من لفظ يدل على الإذن) أي: إذن كلّ واحد منهما الآخر[2] **(في التصرف)** بأن يقول كلٌّ منهما: أجزتُ لك البيع والشرى[3] فيما يخص بي من مال الشركة؛ إذ المراد بالتصرف التجارة، كما يفصح عنه لفظ المصنف في الشرحين[4].

(والأظهر) من الوجهين **(أنّهما لو اقتصرا على قولهما: " اشتركنا " لم يكفِ)** في الإذن في التصرف وإن كفى في حصول الشركة، فيحتاج إلى لفظ آخر يدل على التصرف؛ لأنَّ [الإشراك] لا يتضمن الإذن؛ ألا يرى أنه لو حصل[الاشتراك]بإرث أو اتّهاب مثلاً لا يجوز أن يتصرف أحدُهما بدون الإذن؟

والثاني: أنه يكفي؛ لأنَّ الشركة في العرف إنّما تكون لأن يتصرف كلُّ شريكٍ في مال الآخر، فيصحُّ؛ اتباعاً للعرف[5].

***

---

(١) ينظر: التهذيب (٤/ ١٩٦)، وبحر المذهب (٨/ ١٢٩)، والنجم (٥/ ١٠)، والعجالة (٢/ ٨٢٨).

(٢) صريح من كل منهما أو من أحدهما للآخر. ينظر: تحفة المحتاج (٧/ ٧).

(٣) الشراء يمد ويقصر، يقال منه: شريت الشيء أشريه شِرىً إذا بعته وإذا اشتريته أيضاً، وهو من الأضداد؛ قال تعالى: ﴿ وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ٱبْتِغَآءَ مَرْضَاتِ ٱللَّهِ ﴾، وقال تعالى: ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَٰهِمَ مَعْدُودَةٍ ﴾ أي باعوه. ينظر: أنيس الفقهاء (١/ ٢٠٢).

(٤) ينظر: العزيز (١٠/ ٤٠٦).

(٥) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٤)، والوجيز (١٥٢)، والوسيط (٣/ ٢٦٤و٢٦٥)، والتهذيب (٤/ ١٩٦)، وبهذا قال أبو حنيفة، ينظر: العزيز (١٠/ ٤٠٦)، وعلق الدميري على ما ذهب إليه ابن سريج من عدم اشتراط الإذن في التصرف بقوله: " وهو مخرج على إنعقاد البيع بالمعاطاة ". ينظر: النجم الوهّاج (٥/ ١٠)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٨) والأنوار (١/ ٤٧٣).

شروط الركن الثاني والثالث: الشريكان

(ويشترط في الشريكين أهلية التوكيل) أي: كونه موكِّلا؛ ليوكِّل أحداً (والتوكُّل) أي كونه وكيلا عن موكِّلٍ آخر، فيشترط اجتماع الصفتين في كلِّ واحد منهما، بأن يكونا بالغين رشيدين مطلقي التصرف؛ لأنَّ كلاً منهما موكِّلٌ في ماله ووكيلٌ في مال الآخر(١).

***

شروط الركن الرابع: المعقود عليه

(وتجوز الشركة في النقدين إذا كانا مضروبين) أي: مسكوكين؛ لأنّ التِبرَ بالسكة يخرج عن كونه متقوماً(٢).

وأراد بالنقد ما يقابل العَرض، وهو التبر(٣)، فلا يرد ما قيل: "يفهم من عبارته أن غير المضروب يسمّى نقداً، وليس كذلك"، وذلك؛ لأنَّ النقد في عرف التجار يطلق على ما يقابل الأقمشة وعروض التجارة، وعلى ما يدور عليه السوق ويقدَّر به الأثمان، فأراد المصنف الأوَّل، وهو أعمُّ(٤).

(وكذا) تجوز الشركة (في سائر الأموال المثلية) كالحبوب والأدهان (على الأصحّ) من الوجهين؛ قياساً على النقدين المضروبين، والجامع رفع التميز عند اختلاط المتجانسين

---

(١) هذا إن تصرف كل منهما فإن تصرف أحدهما فقط اشترط في المأذون له في التصرف أهلية التوكل وفي الآخر أهلية التوكيل، ولو كان ضرورياً فيصح كون الإذن الموكل أعمى دون الأوّل المأذون له، وتوكيل الأعمى جائز فلا يرد كيف يصحُّ عقد الأعمى على المعين، وهو المال المخلوط؟ .س ع (٣٠).

(٢) لأنّه حينئذ يكون نقداً قيمة فلا يتقوم. سيد عارف (٣٠).

(٣) قال الشافعي ﷺ: "وَإِنَّمَا أُنظُرِ فِي التِّبرِ إِلَى أَصلِهِ"، فالتبر من الدراهم والدنانير: ما كان غير مصوغ ولا مضروب، وكذلك من النحاس وسائر الجواهر ما كان كساراً رفاتاً غير مصنوع آنية ولا مضروب فلوساً، واصل التبر من قولك: تبرت الشيء أي كسرته جذاذاً. ينظر: الأم للشافعي (٣/ ٩٨)، والزاهر (١/ ٢٠٠)، والمصباح المنير (١/ ٤٣٧)، ولسان العرب (٤/ ٨٨)، والتعاريف (١/ ١٥٨)، وتهذيب اللغة (٥/ ٦)، والفائق (١/ ٤٧)، و الصحاح (١/ ٦١) وطلبة الطلبة (٣٨).

(٤) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٢) والوسيط (٣/ ٢٦١) والتهذيب (٤/ ١٩٦)، والحاوي (٦/ ٤٨١)، والبيان (٢/ ٣٢٧) والعزيز (١٠/ ٤٠٧)، والنجم الوهّاج (٥/ ١٢) والعجالة (٢/ ٨٢٨)، والأنوار (٤٧٣).

[فيترتب عليها]ما[يترتب] على النقد المضروب من العلم بالربح، ورأس المال؛ لعدم الاختلاف[١].

والثاني: تختص الشركة بالنقد المضروب؛ إذ به يدور الأسواق ويقَوَّم الأثمان، فيتحقق ما يختص بأحد الشريكين من الربح ورأس المال، ولأنَّ نضوض الأموال لا يكون إلا به[٢].

(ولا تجوز الشركة في المتقومات)؛ لاختلاف الأحوال في قيمتها بخفض السوق ورفعه، ولإمكان التميز [بين]ماليهما[٣].

***

شرط المعقود عليه

(ويشترط خلط المالين) وفي بعض النسخ: خلط المال بالمال[٤] **(بحيث لا يبقى تميز)**؛ إذ لو بقيَ التميز [فينفرد]كلُّ مالٍ بما يخصه من الربح[٥].

والمراد التميز في نفس الامر، لا بسببٍ عارضٍ[عند]الشريكين، حتى لو كان لهما ثوبان والتبسا عليهما فلم يعلم كلٌ منهما ثوبه لم يكفِ ذلك[للشركة]؛ للأنَّهما مميزان في نفس الأمر.

وقوله: "ويشترط خلط المال بالمال"، أي: قبل العقد[٦]؛ ليكون المال ممّا يجوز العقد

---

(١) في (ج) كتبةُ بالفاء بعد مسحهِ للطاء.

(٢) وأما ماله مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز عقد الشركة عليه، وعليه نص في البويطي؛ لأنه من غير الأثمان فلم يجز عقد الشركة عليه كالثياب والحيوان، والثاني: يجوز، وهو قول أبي إسحاق؛ لأنه من ذوات الأمثال، فأشبه الأثمان. ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٢)، والوسيط (٣/ ٢٦١)، والتهذيب (٤/ ١٩٦)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٨١)، والبيان (٢/ ٣٢٧)، والعزيز (١٠/ ٤٠٧)، والنجم الوهّاج (٥/ ١٢)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٨) والأنوار (٤٧٣).

(٣) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٢).

(٤) حصلت على نسخة منها محفوظة في مكتبة الأوقاف المركزية، برقم (٥١٠) نسخها ابن فقي لطيف في قرية (بياره) في عهد عبد الرحمن باشا الباباني، سنة١٢٢٦هـ. مخطوطة بيارة يبدأ كتاب الشركة فيها من اللوحة: (٢٧٩). بل من اللوحة (٢٨٠).

(٥) إقتصر على الربح تفؤلاً. ينظر: السيد عارف (٣١).

(٦) كان الأولى أن يذكر هذا التفسير بعد المتن مباشرة. السيد عارف (٣١).

عليه[١]. فلو عقدا الشركة ثم خلطا المالين بعد التفرق لم يصحَّ بالاتفاق.

وقبل التفرق وجهان: **أصحُّهما عند المصنف**: أنّ الحكم كذلك، فتجب إعادة العقد بعد الخلط.

والثاني: يصحُّ إذا وقع الخلط قبل التفرّق؛ لأنَّ مجلس العقد حريم العقد.

(ولا يحصل هذا الخلطُ إذا اختلف الجنسُ كخلط الدراهم بالدنانير، أو الصفةُ كخلط الصحاح بالمكسرة) أو اللونُ كخلط الحنطة البيضاء بالحمراء؛[٢] لإمكان التميز وإن عسر، فلا تصح الشركة فيها؛ لابتنائها على رفع التميز[٣].

وهل تصحُّ الشركة في الدراهم والدنانير المغشوشة؟ فيه وجهان، حكاهما صاحب الروضة [وصحح] الصحة بشرط استمرار رواجها في البلد.

ولا يصحُّ في التبر[٤] إلا في وجه ضعيف حكاه المتولى عن بعضهم.

***

شركة الاختيار وشركة الإجبار

(وهذا) أي: اشتراط [الخلط] بحيث يرفع التميز **(إذا كان)** أي: الشأن- وكان شأنيةٌ[٥]-

---

(١) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٣)، والوسيط (٣/ ٢٦١)، والتهذيب (٤/ ١٩٦)، والحلية (٥/ ٩٤)، وبحر المذهب (٨/ ١٣٠).

(٢) في (ا): بالسمراء. ينظر المصادر أعلاه

(٣) ينظر: العزيز (١٠/ ٤٠٨)، والروضة (٣/ ٥٠٤) والنجم (٥/ ١٢و١٣) والعجالة (٢/ ٨٢٩).

(٤) فالتبر من الدراهم والدنانير ما كان غير مصوغ ولا مضروب، وكذلك من النحاس وسائر الجواهر ما كان كساراً رفاتاً غير مصنوع آنية ولا مضروب فلوساً. ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (١/ ٢٠٠).

(٥) يتقدّم قبل الجملة ضميرُ غائبٍ يسمّى ضمير الشّأن والقصّة عند البصريين، وضميرَ المجهول عند الكوفيين، يفسّر بالجملة بعده، ويكون منفصلاً ومتصلاً مستتراً أو بارزاً على حسب العوامل، نحو: (هو زيد قائم)، و (كان زيد قائم) و (إنّه زيد قائم)، فالضمير المنفصل في المثال الأوّل والمستتر في كان والمتصل بإنّ ضمائر شأن، والتي سماها الشارح شأنية كان الناقصة إذا كان اسمها ضمير شأن مستتراً كما في المثال الثاني. ينظر: الكافية في علم النحو لابن الحاجب جمال الدين بن عثمان بن عمر بن أبي بكر المصري الإسنوي المالكي (توفي: ٦٤٦ هـ)، المحقق: الدكتور صالح عبد العظيم الشاعر، الطبعة: الأولى (٢٠١٠ م) - مكتبة الآداب - القاهرة: (ص: ٣٤) و (ص: ٤٨). وتسهيل الفوائد وتكميل المقاصد له أيضاً، المحقق: محمد كامل بركات: (١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م) - دار الكتاب العربي (٢٨).

(يخرج هذا مالاً وهذا مالاً ويعقدان الشركة عليهما) ويسمى ذلك شركة الاختيار.

(وأما إذا ملكا مالاً بالشركة بإرث أو ابتياع) أي: اشتراء (أو غيرهما) كالاتهاب وقبول الوصية (وأَذِن كلّ واحدٍ منهما للآخر في التجارة عليه فقد تمّت الشركة)؛ إذ المقصود من الشركة حاصل، وهو الخلط بلا تميز، والإذن في التصرف، [ويسمى] شركة الجبر.

وقوله: "وأَذِنَ كلُّ واحد منهما للآخر" على الغالب، وكذا قولهم: "أهلية التوكل والتوكيل في كلٍّ"، بل لو كان يتصرف أحدهما فقط فلا يجمع الإذنان ولا التوكل والتوكيل في كلٍّ[1]، بل يشترط في المتصرف أهلية التوكل، وفي الآذن أهلية التوكيل، فيجوز أن يكون الآذن أعمى دون المتصرف.



الحيلة أو المخرج، تعريفها، أقسامها

(والحيلة)[2] هي فِعلة من الحول، وهو النقلُ لغةً. وطلبُ جواز ما لا يجوز على وجهٍ غير معروف؛ فِراراً عن موضع النص أو الإجماع بذلك شرعاً، وذلك[3] على ثلاثة أقسام: حرام[4]، وهو: أن يأكل في الصوم قبل الجماع؛ فراراً عن الكفارة[5].

---

(١) أي من الشريكين.

(٢) كان الأولى أن يقول: ومن الحيلة؛ لأن منها أن يبيع كل واحد منهما بعض عرضه لصاحبه بثمن في الذمة ثم يتقاصّا، وإن يقول: "في باقي العروض أو في المتقومات"؛ لأنَّ الشركة في المثليات جائزة بالخلط مع أنها من العروض؛ إذ العرض ما عدا النقد. السيد عارف (٣٢).

(٣) أي الحيلة من حيث الحكم على ثلاثة أقسام. السيد عارف (٣٢).

(٤) والمباح: ما لا يثاب على فعله ولا يعاقب على تركه. والمحظور: ما يثاب على تركه ويعاقب على فعله. والمكروه: ما يثاب على تركه ولا يعاقب على فعله....إنتهى، ينظر: الورقات (٨).

(٥) إذ لو أفسد صومه بغير الجماع كالأكل والشرب والاستمناء والمباشرات المفضية إلى الإنزال فلا كفارة؛ لأنَّ النص ورد في الجماع وما عداه ليس في معناه، هذا هو المذهب الصحيح المعروف، وفي وجه: قاله أبو خلف الطبري وهو من تلامذة القفال: تجب الكفارة بكل ما يأثم بالافطار به، وفي وجه حكاه في الحاوي عن ابن أبي هريرة: أنه يجب بالأكل والشرب كفارة فوق كفارة الحامل والمرضع، ودون كفارة المجامع. وهذان الوجهان غلطان، وذكر الحناطي أن ابن عبد الحكم روي عنه وجوبُ الكفارة فيما إذا جامع فيما دون الفرج وأنزل، وهذا شاذ. ينظر: روضة الطالبين (٢/ ٢٣٣).

ومكروه، وهو: أن يهب ماله من ولده قبل حَوَلان[الحول]؛[١] ليخرج عن ملكه، ثم يرجع عن هبته؛ فراراً من الزكاة.

ومباح، وهي: الحيلة في العروض لصحة الشركة وهو قوله:

(والحيلة في الشركة في العروَض)[٢] جمع عَرض بسكون الراء وهو: الذي يقابل التبرين من أصناف الأموال، وبفتح الراء: حطام الدنيا، فيشمل التبرين، ومنه قوله تعالى: (عَرَضَ الحَيَاةِ الدُّنيَا)[٣]، والمراد هنا الأول[٤] (أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه)[٥] شائعاً[٦] (بنصف عرض الآخر) فحينئذٍ يحصل الخلط بحيث لا يمكن التمييز؛ لثبوت شركة كلٍّ في كلِّ جزء.

ولذا لا يشترط تجانس العرضين[٧]، حتى لو كان لأحدهما ثيابٌ وللآخر حيوانات أو منطبعات جاز. ولا يشترط علمهما بقدر العرضين إذا كانا معاينين، ونسبةِ البيع إلى كل واحد بالنظر إلى الآخر.

وذكر النصف على سبيل الغلبة في العرف أو للتنظير دون التمثيل، فلا يَرِد ما يقال: أنه لا يحتاج إلى لفظ النصف؛ إذ من البديهي أنه لو باع ما دون النصف جاز أيضاً، حتى لو قال: بعتُ ربع عرضي بثلاثة أرباع عرضك وقبِلَ الآخرُ صح واشتركا كذلك[٨].

---

(١) والحولان: الدوران. ينظر: معجم مقاييس اللغة (٢٧١). فحولان الحول أي: دوران العام.

(٢) هذه الحيلة ذكرها المزني واتفق عليها الأصحاب، والمراد: حصول الإذن بعد التقابض وغيره مما شرط في البيع. ينظر: النجم الوهّاج (٥/ ١٣) وفي الحاوي لم يعنون لهذه المسألة بإسم الحيلة، بل قال: "المخرج في ذلك عندي". ينظر: الحاوي (٦/ ٤٧٢).

(٣) ينظر: النساء: (٩٤)، والنور: (٣٣).

(٤) وهو الذي يقابل التبرين.

(٥) ينظر: الحاوي (٦/ ٤٧٤)، وحلية العلماء (٥/ ٩٣)، والعزيز (١٠/ ٤٠٩)، والنجم (٥/ ١٣).

(٦) أي: من غير تعيين النصف. حاشية كمثرى (١/ ٤٧٣).

(٧) ولا تساويهما، ولا العلم بقيمتهما. ينظر: حواشي الشرواني (٧/ ١٣).

(٨) النجم الوهّاج (٥/ ١٣).

(**ويأذن له في التصرف**) أي: كلُّ واحد للآخر إن صلحا للتصرف[١]، وإلا فيأذن غير الصالح للصالح كالاعمى للبصير.

***

هل يشترط التساوي في الشركة؟

(**وليس من شرط الشركة تساوي المالين في القدر**) بل يجوز أن يكون بينهما أثلاثاً أو أرباعاً؛ لإمكان توزيع الربح والخسران على قدرهما[٢].

وقيل يشترط تساوي المالين؛ لأنَّ تفاوت المال مع تساوي العمل إضرارٌ بصاحب[٣] الأقل، وتفاوتُهما في العمل على وفق تفاوت المال ممّا يؤدِّي إلى المنازعة الموجبة لتعطيل العمل[٤].

(**والأظهر**) من الوجهين (**أنه لا يشترط العلم**) أي: علم الشريكين (**بقدر المالين عند**

---

(١) فيه بعد التقابض وغيره مما شرط في البيع، ومحله إن لم تشرط الشركة في التبايع وإلا فسد البيع، ومنها أن يشتريا سلعة بثمن واحد ثم يدفع كل عرضه عما يخصه. حواشي الشرواني (٧/ ١٥).
ذكر كل من المزني والبغداديين والبصريين في صحة الشركة في العروض طريقاً: فطريقة المزني أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه ويتقابضاه فيصير كل واحد من العرضين شركة بينهما نصفين ثم يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التجارة، فهذه طريقة صحة الشركة في العروض إذا لم يتبايعا على شرط الشركة، وأما طريقة البغداديين فهي أن يشتركا في شراء متاع بثمن في ذمتهما، ثم يدفع كل واحد منهما عرضاً بما عليه من ثمن المتاع، وهذه وإن كانت طريقة إلى صحة الشركة فليست شركة في العروض، وإنما هي شركة في المتاع بثمن في الذمة، فإن العرض عوض فيه، وأما طريقة البصريين: فهو أن يشتري كل واحد منهما نصف عرض صاحبه بثمن في ذمته ثم يتقابضان الثمن أو يتبادلانه، فيصير كل واحد من العرضين شركة بينهما نصفين، وهذه مزنية من طريقة المزني فتصح الشركة في العروض في هذه الطرق الثلاثة. ينظر: الحاوي (٦/ ٤٧٤).
(٢) وهو قول عامة أصحابنا، وهو الصحيح: ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٤)، والوجيز (١٥٢)، والوسيط (٣/ ٢٦٤)، وحلية العلماء (٥/ ٩٥)، وبحر المذهب (٨/ ١٣٠) والعزيز (١٠/ ٤١٠) والروضة (٣/ ٥٠٤) والنجم الوهّاج (٥/ ١٤)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٩)، وكفاية الأخيار (٣٢٤)، والأنوار (١/ ٤٧٤).
(٣) وهو الوجه الثاني عند الماوردي.
(٤) وما قاله الأنماطي من قياس العمل على المال لا يصح؛ لأنَّ الاعتبار في الربح بالمال لا بالعمل، بدليل= أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالمال ويشتركا في الربح، فلم يجز أن يستويا في المال ويختلفا في الربح، وليس كذلك العمل، فإنه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل ويشتركا في الربح، فجاز أن يستويا في العمل ويختلفا في الربح. ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٤)، والوسيط (٣/ ٢٦٤)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٧٤)، وحلية العلماء (٥/ ٩٥) والبحر (٨/ ١٣٠)، والعزيز (١٠/ ٤١١)، والروضة (٣/ ٥٠٢)، والنجم (٥/ ١٤).

العقد)(١) أي: بقدر كلٍّ من المالين، أهُما متناصفين، أو أحدهما ثلث الآخر، أو ربعه؛ إذ الحق في المالين لهما، وليس [لآخر] فيه حق، وقد تراضيا عليه(٢).

والثاني: يشترط؛ تنصيصاً على النصيبين، وقطعاً للنزاع.

ثم قد يتكلم في الإرادة من هذا و[في] محل الخلاف، قال في النجم الوهاج: أراد بذلك أن يضع أحدهما دراهم في كفة الميزان، والآخر [مثلها] في الكفة الأخرى فتساويا وزناً، ثم خلطاهما ولم يعلما مقدار أعدادهما، ووزن كل درهم منها، فصحَّ ذلك للتراضي(٣).

فعلى هذا فينبغي أن لا يكون فيه خلاف؛ لأنَّ ما يشتريان بها يكون بينهما على المناصفة، فلا إبهام لا في الثّمن ولا في المثَمن.

وقال الجلالي: أراد ما إذا كان بين اثنين مال مشترك كل منهما جاهل بقدر حصته منه، فأَذن كلٌّ منهما الآخر في التصرف يصح على الأصحّ، ويكون الثمن مبهما بينهما كالمثمنات(٤).

وهذا أولى؛ إذ الإبهام حاصل قبل الإذن في التصرف، فلا يزيد بالإذن ولا ينقص شيء، وعلى هذا فينبغي أن لا يكون فيه خلاف؛ إذ الإبهام هو الإبهام الأوّل الاضطراري.

وإن أراد أن يجيء كل واحد بمال ويختلطان من غير علم بقدرهما فهذا ينبغي أن لا يصح قطعاً؛ لما فيه من الغرر الكثير والجهل.

ويمكن أن يقال: محل الخلاف والإرادة ما قاله الجلالي [إذا] أمكن معرفة القدر من

---

(١) إذا أمكن معرفته بعد بنحو مراجعة حساب أو وكيل، لأنَّ الحق لهما لا يعدوهما، ولو جهل القدر وعلما النسبة، بأن وضع كل دراهمه بكفة حتى تساويا، صح جزماً. حواشي الشرواني (٧/ ١٥).

(٢) وفيه وجهان، ومأخذه: أن الإذن في التصرف مع الجهل بقدر المتصرف فيه على هذا الوجه هل يصح؟ ولعلّ الأظهر: الصحة، فالمتفق عليه من جملة الشرائط الخمسة واحد، وهو: اختلاط المالين حتى ينزل منزلة المشترك، وما عداه مختلف فيه. ينظر: الوسيط (٣/ ٢٦٤)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٧٤)، وحلية العلماء (٥/ ٩٣) وبحر المذهب (٨/ ١٢٣) والعزيز (١٠/ ٤١٠)، والروضة (٣/ ٥٠٤).

(٣) ينظر: النجم الوهّاج (٥/ ١٤).

(٤) ينظر: كنز الراغبين (٢٩٤).

بعد، بأن يطلعا على رسم القبالة(١)، فيجدا فيه ما يخصّ[به]كلٌّ منهما، ويعتمدا عليه تراضيا.إله الخلق غفراناً.

***

حكم الشركة

(**فصل: عقد الشركة يسلِّطُ كل واحد من الشريكين على التصرف**) في ما يشتركان فيه؛ لقيام الإذن، وكونِ المأذونين من أهل التصرف المطلق(٢) (**ولكن**) استدراكٌ عن وهم جواز تصرف كلّ واحدٍ في مال الشركة كما في خالص ماله (**على سبيل الغبطة والمصلحة**) كالوكيل في مال الخالص للغير.

والغبطة: ظهور الربح فيما يشتري عاجلاً(٣).

والمصلحة: توقع الربح في ما يشتري آجلاً، أو بعد سنة.

ويشترط كونهما متحققين عن أرباب التجارات.

(**فلا يبيع نسيئةً**) وإن أشهد عليه وأخذ الرهن به(٤).

وفي قول: يجوز عند ذلك؛ لارتفاع الغرر والضرر بذلك(٥).

---

(١) وَالرَّسمُ: الكِتَابَةُ، وَالقَبَالَةُ بِفَتحِ القَافِ وَالبَاءِ المُوَحَّدَةِ: الوَرَقَةُ الَّتِي يُكتَبُ فِيهَا الحَقُّ المُقَرُّ بِهِ: أي أشهَدتُ عَلَى الكِتَابَةِ الوَاقِعَةِ فِي الوَثِيقَةِ لِكَي آخُذَ بَعدَ ذَلِكَ. مغني المحتاج (٣/ ٩١).

(٢) ينظر: الوجيز (١٥٢)، والوسيط (٣/ ٢٦٦)وقال البغوي : ولو أذن أحدهما لصاحبه أن يتصرف في جميع مال الشركة وقال: "أنا لا أتصرف إلا في نصيبي" جاز، وهو لا يتصرف إلا في نصيب نفسه، وكذلك لو أذن أحدهما لصاحبه في التصرف مطلقاً ولم يأذن الآخر فالمأذون يتصرف في جميع المال، وغير المأذون لا يتصرف إلا في نصيب نفسه. ينظر: التهذيب (٤/ ٢٠١)، وبحر المذهب (٨/ ١٢٥)، والعزيز (١٠/ ٤٢٢)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٨)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٩).

(٣) الغِبطةَ هنا: بمعنى النفع والمصلحة. ينظر: لسان العرب (٧/ ٣٥٩).

(٤) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٥) والتهذيب (٤/ ٢٠٢) لأن فيه مخالفة لمطلق إذنه، وجوّز أبو حنيفة ذلك، وهذا خطأ؛ لما بيناه من أن أحكام الوكيل فيه معتبرة، وتصرف الوكيل مقصور على ما تضمنه الإذن الصريح الحاوي الكبير (٦/ ٤٨٣)، والعزيز (١٠/ ٤٢٢) والروضة (٣/ ٥٠٨)، والأنوار (١/ ٤٧٥).

(٥) فلا يبيع بثمن المثل وثم راغب، بل لو ظهر في زمن الخيار لزمه الفسخ، وإلا انفسخ. ينظر: حواشي الشرواني (٧/ ١٦).

(ولا بغير نقد البلد) وإن راج رواجَه؛ لاختلاف القيَم به[١].

(ولا بالغبن الفاحش)، الغبن لغةً: [الخداع]، ثمّ استعير لخسرانٍ يحصل [بالخداع] مبالغةً، أو هو مجاز مرسلٌ تسمية [للمسبب باسم السبب][٢].

والغبن الفاحش معروف مع أنهَ ذكرناه مراتٍ.

(ولا يسافر بالمال) عن بلد الشركة، أو المعينة للتجارة فيها؛[٣] لأنَّ في السفر خطراً.

(ولا يُبضعه) بضم الياء وسكون الباء[الموحدة]أي: لا يدفعه إلى من يتصرف فيه متبرعاً على أن يكون الربح كله لصاحب المال؛ لأنَّ من لا نصيب له في الربح يساهل في[المماكسة] والمرابحة ولا يبالي به [٤]

(بغير إذنٍ)- قيدٌ في الجميع حتى الغبن الفاحش- وإن كان فيه شائبة التبذير؛ إذ قد يكون ذلك ابتغاءً للصدقة السرية.

فلو باع[بالغبن بلا إذنه] لم يصح في نصيب شريكه، وفي نصيبه الخلاف في تفريق الصفقة، فإن قلنا بصحة نصيبه، قال المصنف: ينفسخ العقد في المبيع [ويصير المبيع مشتركاً بين[٥]الشريك والمشتري][٦]، وكذا الحكم [في البيع] نسيئةً، وبغير نقد البلد[٧].

وإن أبضعه أو سافر به ضمن، أي: دخل في ضمانه، فيغرمه إذا تلف وإن لم يكن منه تقصيرٌ[٨].

[ثالثاً:] (ولكل واحد منهما) أي: من الشريكين (فسخه) أي: فسخ عقد الشركة

---

(١) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٥)، والتهذيب (٤/ ٢٠٢)، والعزيز (١٠/ ٤٢٢)، والروضة (٣/ ٥٠٩)، والنجم الوهّاج (٥/ ١٥)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٢٩)، والأنوار (١/ ٤٧٥)، وحاشية الشرواني (٧/ ١٦).

(٢) وهو من ذكر دال السبب وهو الغبن والخداع وإرادة المسبب وهو الخسران. السيد عارف (٣٤).

(٣) ينظر: التهذيب (٤/ ٢٠٢) وبحر المذهب (٨/ ١٢٦)، والعزيز (١٠/ ٤٢٣) وروضة الطالبين (٣/ ٥١٠)، وكفاية الأخيار (٣٢٤)، والأنوار (١/ ٤٧٥)، وحاشية الشرواني (٧/ ١٧).

(٤) ينظر: التهذيب (٤/ ٢٠٢)، والعزيز (١٠/ ٤٢٣)، والأنوار (١/ ٤٧٥).

(٥) ينظر: كنز الراغبين (٢/ ٤١٦)، والحلية (٥/ ٩٧و٩٨)، والروضة (٣/ ٥٠٥) والنجم (٥/ ٨).

(٦) ينظر: العزيز (١٠/ ٤٢٢و٤٢٣)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٠٩).

(٧) ينظر: التهذيب (٤/ ٢٠٢)، وحلية العلماء (٥/ ١٠٤)، والعزيز (١٠/ ٤٢٢و٤٢٣)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٠٩) والنجم الوهّاج (٥/ ١٥) والأنوار (١/ ٤٧٥).

(٨) ينظر: التهذيب (٤/ ٢٠٢)، والعزيز (١٠/ ٤٢٣)، وروضة الطالبين (٣/ ٥١٠)، والأنوار (١/ ٤٧٥).

(متى شاء) قبل التصرف وبعده، وقبل ظهور الربح والخسران أو بعده؛ لأنّ الشركة عقد جائزي مبنيٌّ على الارتفاق، يكون كل منهما موكِّلاً في ماله وكيلاً في مال صاحبه، والوكالة عقد إرفاق جائزي، فالشركة كذلك.

وقيل: بعد الخسران لا يجوز الفسخ الا بالتراضي؛ لأنَّه غُبنٌ يُتوقع جبره، وقد لا يتسامح واحدٌ بحمله. وهذا قويٌّ جداً.

(وينعزلان[1] بالفسخ عن التصرف)؛ لزوال وكالتهما بالفسخ، ولو تصرف بعد الفسخ ففيه طريقان[2]:

أحدهما: طرد القولين في بيع الفضولي[3].

والثاني: القطع بالبطلان. والفرق التصريح بالمنع هنا، دون ثَمَّة[4].

(ولو قال أحدهما للآخر: عزلتك) عن التصرف **(أو)** قال: **(لا تتصرف في نصيبي لم ينعزل العازل)**[5] عن التصرف في نصيب المعزول؛ لبقاء الإذن والرضاءِ؛ إذ يمكنه أن يقول في المكافأة: " وأنت أيضاً معزولٌ في نصيبي "[6].

***

---

(١) العزل: التنحية والإمالة، فينعزلان: يتنحيان ويُمالان عن التصرف. ينظر: الصحاح (٧٤٢).

(٢) ينظر: التهذيب (٤/ ٢٠٣)، والبحر (٨/ ١٣٥)، والعزيز (١٠/ ٤٣٣)، والروضة (٣/ ٥١٠).

(٣) الفضولي: هو الذي يبيع ما لا يملك، أو ما ليس مأذوناً في بيعه، ووقف بيعه قول مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه، والشافعي في القديم، وقواه النووي في الروضة، وهو مرويٌّ عن جماعة من السلف منهم علي وابن عباس وابن مسعود وابن عمر، وإليه ذهب الزيدية، وقال الشافعي في الجديد وأصحابه: إن البيع الموقوف والشراء الموقوف باطلان للقولهﷺ : «لا تبع ما ليس عندك»، وقال أبو حنيفة: إنه يكون البيع الموقوف صحيحاً دون الشراء، والوجه: أن الإخراج عن ملك المالك مفتقر إلى إذنه بخلاف الادخال، ويجاب بأن إدخال المبيع في الملك يستلزم الإخراج من الملك للثمن، وروى عن مالك عكس قول أبى حنيفة، فإن صح فهو قويٌّ؛ فإنّ فيه جمعاً بين الأحاديث. ينظر: الأشباه والنظائر (٢/ ٣٧)، والمجموع (١٤/ ٩٦)، وإعانة الطالبين (٣/ ١٢).

(٤) أي :الفرق بين التصرف بعد الفسخ وبين بيع الفضولي، التصريح بالفسخ هنا، دون ثمة، أي: هناك، ويعني به بيع الفضولي.

(٥) أي فإن لم يفسخا ولا أحدهما، ولكن استعمل أحدهما لفظ عزلتك، أو لا تتصرف في نصيبي.

(٦) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٤١)، والوسيط (٣/ ٢٦٧)، والتهذيب (٤/ ٢٠٣)، وبحر المذهب (٨/ ١٣٥)، والعزيز (١٠/ ٤٢٣)، وروضة الطالبين (٣/ ٥١٠)، والنجم الوهّاج (٥/ ١٦)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٣٠).

أسباب فسخ الشركة

(**وينفسخ**) عقد الشركة [كالوكالة] (**بموت أحدهما**) فلا يتصرف الحيُّ في تركته، وللوارث الحائز الرشيد تقرير الشركة بعقد جديد إذا لم يكن فيها دَين، ولا وصيةٌ لغير معين.

فلو كانت لمعين فيجوز أن يواطئ الوارثَ ويكون شريكاً بالحصة.

(**أو جنونه**)؛ لخروجه عن أهلية التصرف (**أو إغمائه**) إلا إذا كان قليلاً بحيث لا تسقط به الصلاة، فإنّه لا يؤثّر، استثناه الماوردي[1].

الربح والخسران على قدر المالين

(**ويكون الربح والخسران على قدر المالين**) باعتبار القيمة، دون كثرة الأجزاء (**تساويا في العمل أو تفاوتا**)؛ لأنَّ عمل الشريك في مال الشركة لا يقابَل بأجرة، كما هو دأب الشركاء، فلا يؤثر التفاوت[2].

(**ولو شرَطا خلافَ ذلك**) بأن شرَطا التساوي في الربح مع التفاوت في المال، أو التفاوت في الربح مع التساوي في المال (**فسد العقد**)؛ لما مرّ أن العمل في الشركة لا يقابل بعوض، فلا يكون التفاوت في مقابلة العمل، والربح والخسران من نتيجة رأس المال[3]، فيذهب التفاوت باطلاً وقد قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[4] (البقرة:١٨٨).

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير، وأما الاستثناء الذي نسبه إلى الماوردي= فهو في قوله : فأما الإغماء فإن كان يسيراً لم يسقط معه فرض عبادة كانت الشركة على حالها؛ لأنّه فرض قد يطرأ كثيراً، وإن كثر الإغماء حتى أسقط فرض صلاة واحدة ثم ورد وقتها بطلت الشركة. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٨٥).

(٢) ينظر: الحلية (٥/ ٩٦) والعزيز (١٠/ ٤٢٥)، والروضة (٣/ ٥١٠-٥١١)، والأنوار (١/ ٤٧٥).

(٣) أي: لا العمل، فيذهب التفاوت في العمل باطلاً أي: غير مؤثر في جلب نفع، وإذا كان العقد كذلك فهو يؤدي إلى بطلان العقد، وما يستفاد من الباطل باطل. السيد عارف (٣٦).

(٤) فإن شرطا التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين أو التساوي في الربح والخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد؛ لأنّه شرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح، كما لو شرطا أن يكون الربح لأحدهما. ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٥)، والتهذيب (٤/ ١٩٧)، وحلية العلماء (٥/ ٩٦)، وبحر المذهب (٨/ ١٣١)، والعزيز (١٠/ ٤٢٥)، والروضة (٣/ ٥١٠) والنجم الوهّاج (٥/ ١٧).

وقيل: بطل الشرط دون العقد، فيكون الربح والخسران على قدر المالين قيمة[١].

وإنما قلنا: باعتبار القيمة دون الأجزاء؛ ليشمل ما إذا كان لاحدهما مائةُ مَنٍّ[٢] مِنَ الحنطة الرَّوالي، تساوي ثلاثين، وللآخر مائة مَنٍّ مِنَ الخريفية تساوي خمسة عشر فالربح والخسران بينهما [يكون] أثلاثاً.

وفائدة الفساد ما تفرع بقوله: (**حتى يرجعُ كلّ واحد منهما على الآخر بأجرة ما عمل في ماله**)؛ لأنَّ الشركة إذا رُفِعَت لم يلغَ فيها العمل؛ لأنّه لم يقع متبرعاً بل إنَّما وقع توكيلاً وتوكلاً، وعمل الوكيل غير معتاض، **ولذا يقال**: عملُ الشركة لا يقابل بعوض، فإذا انتفى ذلك صار العمل معتاضاً فيرجع كلُّ واحد [على الآخر بأجرة مثل ما عمل في مال الآخر، **فقد يتساويان مالاً وعملاً فيتقاصّان**.

وقد يتساويان مالاً ويتفاوتان عملاً فيرجع ما زاد عمله بما زاد على الآخر.

وقد يتفاوتان مالاً ويتساويان عملاً فيرجع صاحب الأقلّ بما زاد على قدر ماله على صاحب الأكثر.

هذا إذا فسدت الشركة بسببٍ ليس هو شرطَ الربح على خلاف قدر المالينِ.

فإن[كان]الفساد بذلك فقد فصّله الشارحون لا سيَّما أبو العلاء القونوي فإن أردت التصديع فراجعه.[٣]

(**لكن تنفذ التصرفات**)[٤] قبل العلم بفساد الشركة؛ إذ الفساد لا يؤثر في الإذن، واذا لم يؤثر في الإذن [لا يؤثر] في التصرف (**ويكون الربح بينهما على قدر المالين**)؛ إذ حكم[الفاسد]في العقود حكم صحيحها، وفي الصحيح هكذا يكون.

---

(١) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٥) والوسيط (٣/ ٢٦٦) والتهذيب (٤/ ١٩٧) والبحر (٨/ ١٣١)، وحكى الإمام وجهاً آخر: أنها لا تفسد ويوزع الربح على قدر المالين، ولعل الخلاف راجع إلى الاصطلاح: فأطلق الجمهور لفظ الفساد، وامتنع منه بعضهم؛ لبقاء أكثر الأحكام. ينظر: الروضة (٣/ ٥١٠) والنجم الوهّاج (٥/ ١٧).

(٢) والمَنُّ: من المكاييل، ويسمّى: المَنا أيضاً، ومقداره رِطلان، والجمع أَمنانٌ، وجمع المَنا أَمناءٌ. ينظر: الصحاح (٦/ ٢٢٠٧)، و لسان العرب (١٣/ ٤١٩).

(٣) للحقيقة نقول: أردنا التصديع لكننا لم نعثر على المصدر وهو شرح الحاوي للقونوي.

(٤) منهما للإذن. ينظر: الشرواني (٧/ ٢١).

لكن لو كان أحدهما أكثر عملاً مع تساوي المالين وشرط لهُ زيادة الربح في مقابلة عملهِ الزائد ففيهِ قولان:

أصحهما: أنه يصح ويكون الزائد أجرةً[١]، ولا يصير بذلك عقد الشركة قراضاً.

والثاني: لا يصح الشرط ويفسد به العقد؛ لالتزام ذلك كونَ العقد شركة وقراضاً، وهو غير ممكن شرعاً؛ إذ العمل في القراض يختص بمال الغير، وهنا ليس كذلك.

وهذا الوجه[٢] **مختار المتأخرين**[٣].

***

يد الشريكين أمانة

(ويَدُ كل واحد من الشريكين يد أمانةٍ) فلا يضمن ما تلف بغير تعدّ منه، كالوكيل والمودَع[٤].

دعوى الرد والتلف والخسران

(فيقبل قوله في دعوى الرَّد) إلى الشريك **(والتلف)** بلا تَعَدٍّ **(والخسران)** بلا تقصير؛ لأنّه إذا جعل يده يد أمانةٍ فهذه[٥] شأن الأمناء[٦]، **وفيه حديث صحيح**[٧].

(١) أي: يكون للزائد عملاً أجرة؛ لفساد الشركة، ويظن أنه يكون قراضاً فأزال ذلك بقوله: "ولا يصير بذلك عقد الشركة قراضاً". السيد عارف (٣٧).

(٢) الأولى: "وهذا القول"؛ لقوله فيما سبق: "ففيه قولان"، ومضمون هذا القول هو: أنه لا يصح الشرط ويفسد به العقد. سيدعارف (٣٨).

(٣) في (د) المختارين.

(٤) والشريك أمين فيما في يده من مال شريكه، فإن هلك المال في يده من غير تفريط لم يضمن؛ لأنّه نائب عنه في الحفظ والتصرف، فكان المالك في يده كالمالك في يده. ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٨).

(٥) (فهذه) أي قبول دعوى الرد والتلف والخسران، ينظر: السيد عارف (٣٨).

(٦) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٨)، والوسيط (٣/ ٢٦٩)، والتهذيب (٤/ ٢٠٢)، وبحر المذهب (٨/ ١٣٩)، والعزيز (١٠/ ٤٣٩)، والروضة (٣/ ٥١٢)، والنجم الوهّاج (٥/ ١٧)، والعجالة (٢/ ٨٣٠).

(٧) في سنن الدارقطني (٣/ ٤٥٥)، رقم (٢٩٦١) حديث بلفظ: «**لَا ضَمَانَ عَلَى مُؤتَمَن**»، قال الحافظ: في إسناده ضعف، وفيه أيضاً (٣/ ٤٥٦)، رقم (٢٩٦١) بلفظ: «**لَيسَ عَلَى المُستَعِيرِ غَيرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ وَلَا عَلَى المُستَودِعِ غَيرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ**»، وفي السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٤٧٣)، رقم (١٢٦٩٩) بلفظ: «"**لَيسَ عَلَى مُؤتَمَنٍ ضَمَانٌ**"»-. قال الحافظ وفي اسناده ضعيفان: ، والمغل: هو الخائن، وهكذا يضمن الوديع إذا وقع منه تعدّ في حفظ العين، لأنّه

ولا شكَّ أنّ دعوى الخسران[1]، إنَّما تُقبل إذا نسب إلى رخص السعر وغلائه، وقد اشتهر ذلك في مثل ما يدَّعي فيه الخسرانَ. أمّا إذا ادّعاه بغير ذلك فهو غبنٌ، فينظر أهو فاحشٌ، أم لا؟ ثم لا يخفى الحكم، ولم يتعَرض المِصنف لذلك؛ لوضوحه.

(**نعم لو ادعى التلف بسبب ظاهر**) كنهب وحريق، ولم يشتهر بذلك (**طولب بالبينة على**) وقوع (**ذلك السبب**)؛ [إذ ليس مؤتمنا في دعوى ذلك] ويمكن إقامة البينة عليه[2] (**ثم يقبل قوله**) مع[يمينه] (**في الهلاك به**)؛ لأنه مؤتمن في ذلك[3].

ولو عرف السبب وعمومه صُدِّق بلا يمين[4]. وإن عرف السبب دون عمومه صُدِّقَ بيمينه.

وكذا اليمين وعدمه في الخسران، فحيث يعرف رخص السعر في مثل ما يدعي ويعرف عمومه يصدق بلا يمين. وحيث عرف ولم يعرف عمومه صُدق بيمينه. وحيث لم يعرف طولب بالبينة ثم اليمين.

(**ولو قال من في يده المال**) من أحد الشريكين: (**هذا المال لي، وقال الآخر: بل مال الشركة**) وكان ذلك[بعد] ظهور الربح فيه،[فيدَّعي] كلٌّ ما هو نفعه[5](**أو على العكس**)

نوع من الخيانة، وفي المستدرك (٣/ ٥١) رقم: (٤٣٦٩): «ثُمَّ بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى صَفوَانَ بنِ أُمَيَّةَ فَسَأَلَهُ أَدرَاعًا مِائَةَ دِرعٍ وَمَا يُصلِحُهَا مِن عِدَّتِهَا، فَقَالَ: أَغَصبًا يَا مُحَمَّدُ؟ قَالَ: «بَل عَارِيَةٌ مَضمُونَةٌ حَتَّى نُؤَدِّيَهَا إِلَيكَ»، قال الحاكم: «صَحِيحُ الإِسنَادِ، وَلَم يُخَرِّجَاهُ»، وقال الذهبي: صحيح.

قوله: (أغصباً) معمول لفعل مقدّر هو مدخول الهمزة، أي: أتأخذها غصباً لا تردُّها علي؟ فأجاب ﷺ بقوله: «**بل عارية مضمونة**» فمن استدل بهذا الحديث على أنَّ العارية مضمونة جعل لفظ مضمونة صفة كاشفة لحقيقة العارية، أي: إن شأن العارية الضمان، جعل لفظ مضمونة صفة مخصصة، أي: أستعيرها منك عارية متصفة بأنها مضمونة.

(١) قوله: "ولا شك أنّ دعوى الخسران ....الخ" في شرح المحرر للمصري، كما بهامش المحرر: ولا فرق في دعوى التلف بين أن يطلقه أو يضيفه إلى سبب خفي كالسرقة. السيد عارف (٣٨).

(٢) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٨) والوسيط (٣/ ٢٦٩) والعزيز (١٠/ ٤٣٩)، وروضة الطالبين (٣/ ٥١٢)، والمجموع (١٤/ ٢١٠) وعجالة المحتاج (٢/ ٨٣٠) وكفاية الأخيار (٣٢٥) والأنوار (١/ ٤٧٧).

(٣) ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٨)، والوسيط (٣/ ٢٦٩)، والعزيز (١٠/ ٤٣٩)، وروضة الطالبين (٣/ ٥١٢) وعجالة المحتاج (٢/ ٨٣٠)، وكفاية الأخيار (٣٢٥)، والأنوار (١/ ٤٧٧).

(٤) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٥١٢).

(٥) فالقول قوله مع يمينه؛ لأنَّ الظاهر مما في يده أنه ملكه. ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٨)، والوسيط (٣/ ٢٦٩) والتهذيب (٤/ ٢٠٢)، وبحر المذهب (٨/ ١٣٩)، والعزيز (١٠/ ٤٤١) والروضة (٣/ ٥١٢).

بأن قال من في يده المال: هو مشترك، وقال الآخر: هو لك، وكان ذلك بعد وقوع الخسران فيدفعه[كلٌّ]عن نفسه[١] (فالقول قول صاحب اليد)؛ عملاً بأصل القاعدة،[٢] ولأنَّه أعرفُ بقصده حين اشتراه.

(فإن قال) مَن المال في يدِهِ: (اقتسمنا وصار هذا المال) الذي[في يدي] (لي) أي: حصتي من القسمة (وأنكر الآخرُ) أي: القسمةَ (فالقولُ قولُ المنكر)[٣]؛ استصحاباً للأصل، وهو عدمُ القسمة وبقاءُ الشركة، وعلى مدّعي القسمة البينةُ عليها[٤].

ولو لم ينكر القسمةَ لكن أنكر كونَ ما في يده[٥] له وقال: "هو لي، إنَّما تركته عندك وديعةً أو نسيتُه" فالقول قول صاحب اليد، ثم قيل: مع اليمين، وقيل: دونه.

والثاني أقربُ؛ عملاً باليد[٦]، وقول المنكر بعد الإقرار بالقسمة احتمالٌ عقليٌّ.

[اشترى أحد الشريكين شيئا وقال: اشتريته لي أو للشركة]

(**ومن اشترى منهما**) أي: من الشريكين، بيانٌ لـ«من»، لا متعلقٌ باشترى (**شيئاً وقال: اشتريته للشركة**) وذلك إذا كان رديئاً، أو وقع في خسران (**أو**) اشتريته (**لنفسي**) إذا كان جيداً، أو ظهر فيه ربح (**ونازعه الآخر**) بأن عكس ما قاله؛ جرّاً لما له، ودفعاً[لما]عليه

---

(١) لأنَّه أعرف بقصده ونيته. ينظر: المهذّب (٣/ ٣٣٨)، والوسيط (٣/ ٢٦٩) والتهذيب (٤/ ٢٠٢)، وقال الروياني: لأنَّ الاعتبار بنيته في حال الشراء، فكان المرجع إليه فيها، ولأنه أمين في تصرفه، فكان القول قوله مع يمينه. ينظر: بحر المذهب (٨/ ١٣٩) والعزيز (١٠/ ٤٤١) وروضة الطالبين (٣/ ٥١٢) والنجم الوهّاج (٥/ ١٨) وعجالة المحتاج (٢/ ٨٣٠) والأنوار (١/ ٤٧٧).

(٢) أي: صدق بيمينه؛ لأنها تدل على الملك الموافق لدعواه به في الأولى ونصفه في الثانية. ينظر: حواشي الشرواني (٧/ ٢٢).

(٣) وإنما قبل قوله في الرد مع أن الأصل عدمه؛ لأنَّ من شأن الأمين قبول قوله فيه توسعة عليه. السيد عارف (٣٨).

(٤) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٦٩) والتهذيب (٤/ ٢٠٣) وقال الروياني: لو كان في يد أحدهما ألف، فقال: إقتسمناه وهو حصتي خاصة، وقال الآخر: "ما اقتسمناه وهو مشترك" فالقول قول من يدعي بقاء الشركة؛ لأن الأصل هذا. ينظر: بحر المذهب (٨/ ١٤٠)، والعزيز (١٠/ ٤٤١) والروضة (٣/ ٥١٢).

(٥) أقحم ناسخ (أ) هنا الكلمات التالية [القسمةُ و بقاء الشركة و على مدعي القسمةِ و بقاء الشركة وعلى مدعي القسمةِ البينةُ عليها ولو لم ينكر القسمة لكن أنكر كون ما في يدهِ] انتهى.

(٦) أي بدون اليمين.

(يصدَّق المشتري) كما يصدَّق الوكيل في مثل ذلك؛ لأنّه أعرَفُ بقصده، وذلك مع اليمين، وعلى الآخر البينة[1].

---

(١) ينظر: الوسيط (٣/ ٢٦٩) والتهذيب (٤/ ٢٠٢)، والعزيز (١٠/ ٤٤١) والروضة (٣/ ٥١٢)،.

تم بفضل الله وتوفيقه التعليق على كتاب الضمان وفصل الكفالة وكتاب الشركة من الوضوح بالإفادة من تحقيق الشيخ عمر **البيزوي**، وقد امتاز تحقيقه بأمور: منها سعيه في سرد مصادر الفقه الشافعي لكثير من المسائل، ومنها إثبات بعض التعليقات من شيخنا الراحل الشيخ السيد عارف الخورمالي، ولأهميتها وكونه شيخي في الفقه لم أحذف أكثرها تبرُّكاً بها وتكثيراً لفائدة التحقيق والتعليق بها.

وقد كانت بداية هذه الحصة في المخطوطة (٣١٧٢) من اللوحة (٠٠٤٨٦)، ونهايتها فيها في اللوحة (٠٠٤٩٦ظ) وفي المخطوطة (٢٧٢٦) من اللوحة (٦٦)، ونهايتها فيها في اللوحة (٦٩ظ)، وفي المخطوطة (٢٨٣) مكتبة الحاج مخلص في أربيل من اللوحة (٧٦)، ونهايتها فيها في اللوحة (٧٩ظ)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة من اللوحة (٢٨٠و) إلى اللوحة (٢٨٣و)، وفي مخطوطة مكتبة الخال من اللوحة (١٤٠) إلى اللوحة (١٤٥) وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات من اللوحة (٦٤٣٦)و.. وتنتهي في اللوحة (٦٤٤٤).



كتاب الوكالة[1]

وهـي في اللغـة: التفويـض والاعتـماد[2]، ومنـه قولـه تعـالى: ﴿وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُۥٓ﴾ (الطلاق:٣).أي: مـن اعتمـد عـلى الله وفـوّض أمـره إليـه كفـاه.

واشـتقاقها مـن الـوَكل، وهـو العجـز، يقـال: رَجُـلٌ وَكِلٌ، أي: ضعيـف البطـش قليـل الحركـة.

وقيـل: [في اللغـة: الحفـظ]، ومنـه قولـه تعـال: ﴿حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾[3] أي: نعـم الحافـظ، وهـذا قريـب مـن الأول؛ لأنَّ مَـن اعتمـد عـلى إنسـانٍ مثـلاً في شيء وفـوَّض فيـه أمـره إليـه كان آمـراً بحفظـه؛ لأنـه إنـما فعـل ذلـك لينظـر مـا هـو الأصلـح لـه، وأصلـح الأشـياء حفـظ الأصـل؛ لأنَّ التصّرفـات تُبنـى عليـه.

[وفي الـشرع]: تَفويـض أمـرٍ إلى آخـر فيـما يقبـل النيابـة في حياتـه، والمناسـبة بـين معناهـا اللغويّـة والشرعيـة هـي أنَّ المـوكّل فـوّض أمـره إلى الوكيـل واعتمـد عليـه ووثـق برأيـهِ ليتـصرّف له[التصرّف]الأحسـن، وكُلّ ذلـك مبنـيٌّ عـلى المحافظـة والاحتيـاط، وهـي مـشروع للحـاجة؛ إذ الإنسـان قـد يعجـز عـن مبـاشرة بعـض الأفعـال بنفسـه فيحتـاج إلى التوكيـل؛ دفعـاً للحاجـةِ.

---

(١) يشتمل هذا الجزء على كتاب الوكالة من الوضوح.
وهذه الحصة تبدأ في مخطوطة في المخطوطات حيث انتهى كتاب الشركة.
(٢) لسان العرب (١١/ ٧٣٦)، وتاج العروس (١/ ٦٥)، و النهاية (٥/ ٤٩٦).
(٣) آل عمران ١٧٣.

والأصل فيها قبل الإجماع والسنةِ قولُه تعالى: ﴿ قَالُواْ رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثْتُمْ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ ﴾[١]، ومن السنَّةِ: ما روى مسلم عن رسول الله ﷺ «أنه ﷺ وكَّلَ عُروَةَ بن أبي جعد البارقي في شري شاة»[٢]، وفي رواية النّسائي: حكيم بن حزام[٣]. ووكّل عمرو بن أميّة[٤] في قبول نكاح أمّ حبيبة[٥] بنت أبي سفيان[٦]

أورد المصنف رحمه الله حديثين: أحدهما: لإثبات الوكالة في الماليات، والثاني: في إثباتها في المناكحات.

***

(١) تمام الآية الكريمة: ﴿ وَكَذَٰلِكَ بَعَثْنَٰهُمْ لِيَتَسَآءَلُواْ بَيْنَهُمْ ۚ قَالَ قَآئِلٌ مِّنْهُمْ كَمْ لَبِثْتُمْ ۖ قَالُواْ لَبِثْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ ۚ قَالُواْ رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثْتُمْ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا ﴾ (الكهف: ١٩).

(٢) لم نجده في صحيح مسلم، وهو في صحيح البخاري، بالرقم بلفظ: (**عَن عُروَةَ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعطَاهُ دِينَارًا يَشتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَينِ، فَبَاعَ إِحدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ، فَدَعَا لَهُ بِالبَرَكَةِ فِي بَيعِهِ، وَكَانَ لَوِ اشتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ**».

(٣) لم نجده عند النسائي، ورواه أبو داود والترمذي وغيرهما: سنن الترمذي ت بشار (٢/ ٥٤٩)، رقم (١٢٥٧) بلفظ: «**عَن حَكِيمِ بنِ حِزَامٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ بَعَثَ حَكِيمَ بنَ حِزَامٍ يَشتَرِي لَهُ أُضحِيَّةً بِدِينَارٍ، فَاشتَرَى أُضحِيَّةً، فَأُربِحَ فِيهَا دِينَارًا، فَاشتَرَى أُخرَى مَكَانَهَا، فَجَاءَ بِالأُضحِيَّةِ وَالدِّينَارِ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَالَ: ضَحِّ بِالشَّاةِ، وَتَصَدَّق بِالدِّينَارِ**، وفيه ضعف؛ لأنَّ الترمذي قال: " حَدِيثُ حَكِيمِ بنِ حِزَامٍ، لا نَعرِفُهُ إِلاَّ مِن هَذَا الوَجهِ، وَحَبِيبُ بنُ أَبِي ثَابِتٍ لَم يَسمَع عِندِي مِن حَكِيمِ بنِ حِزَامٍ. وضعفه الألباني في ضعيف الترمذي بالرقم (١٢٥٧)

(٤) هو عمرو بن أمية بن خويلد بن عبد الله الكناني الضمري. شجاع من الصحابة. بعثه النبي ﷺ وحده عيناً على قريش، فحمل خبيب بن عدي من الخشبة التي صلب عليها، وأرسله إلى النجاشي وكيلاً فعقد له على أم حبيبة بنت أبي سفيان. وأسلم قديماً وهو من مهاجري الحبشة، ثم هاجر إلى المدينة، وقد شهد بدراً، وأحداً مع المشركين، وأسلم حين انصرف المشركون من أحد، وأرسله رسول الله ﷺ إلى النجاشي يدعوه إلى الإسلام سنة ست، وكتب على يده كتاباً، فأسلم النجاشي. وأمره ﷺ أن يزوجه أم حبيبة ويرسلها ويرسل من عنده من المسلمين، توفي في خلافة معاوية،. ينظر: أسد الغابة (٢/ ٣٣٧)، والبداية والنهاية (٨/ ٥٠)، وقال الألباني: «حديث أن النبي ﷺ وكل عمرو بن أمية في قبول نكاح أم حبيبة» ضعيف. ينظر: إرواء الغليل (٥/ ١٤٦٠).

(٥) هي: أم المؤمنين رَملَة بِنت أبي سُفيان صخر بن حرب، زوج رسول الله ﷺ، أسلمت قديماً بمَكَّة وهاجرت إلى الحبشة مع زوجها عُبَيد الله بن جحش، فتنصّر بالحبشة ومات بها، وأبت هي أن تتنصر وثبتت على إسلامها، فتزوجها رسول الله ﷺ وهي بالحبشة وأمهرها النجاشي عن رسول الله ﷺ أربعمائة دينار، وحملها شرحبيل ابن حسنة إلى المدينة، توفيت سنة أربع وأربعين. ينظر: أسد الغابة (٣/ ٣٥٢- ٣٥٣)، وسيرة ابن هشام (٦/ ٥٩)، وسير أعلام النبلاء (٢/ ٢١٨)، والاستيعاب (٨٨٦ - ٨٨٧).

(٦) رواه الحاكم في المستدرك (١٦/ ٩)، رقم (٦٨٥٦)، وضعفه الألباني في إرواء الغليل رقم (١٨٤٨)، لكن أخرجه البيهقي (٧/ ١٣٩)، بالرقم (١٣٤٥) وقال: وهذا مرسل حسن. وهكذا رواه الطبراني في الكبير (١٦٤٤٤).

شروط الموكِّل

(ويشترط في الموكِّل التمكّن من مباشرة ما يوكّل فيه بالملك أو الولاية) قيّد بهما؛ لئلّا يتوهم أنَّ ما لا يتمكن من المباشرة فيه للعجز أو [العمى] لا يجوز أن يوكّل فيه.

وإنما اشترط التّمكن؛ لأنَّ التوكيل استنابة واستعانة، والوكيل إنما يملك التصرّف بتمليك الموكّل، ويلزمه الأحكام، فوجب أن يكون الموكّل مالكاً لذلك ليصحّ تمليكه واستنابته.

(فلا يصحّ توكيل الصّبي والمجنون)؛ لعدم تمكنهما فيما يوكّلان فيه مالا أو بضعاً، فلا يملكان تمليك الغير.

(و) لا يصح (توكيل المرأة و) لا توكيل (المُحرِم) بضم الميم مَن أحرم[بحج] أو عمرةٍ **(في النكاح)** أي: لا توكل المرأة أجنبياً في تزويجها، ولا المحرم أحداً في[التزوّج]له، أو تزويج موليته؛ لأنهما لا تصح مباشرتهما في ذلك.

ولو كان وكيل المرأة وليَّها وقالت: " وكلتك بتزويجي " قال المصنف في الشرح: فالذين لقيناهم من الأئمة لا يعدونه إذناً[١]، أراد بهم الأربلي[٢]، وملك داود القزويني[٣]، وأبا الفضل القزويني[٤]، والإمام [فخر الدين] الرازي[٥]

---

(١) العزيز (٧/ ٥٤١).

(٢) والأربلي: هو أبو عبد الله أحمد بن يحيى المعروف بالكمال الاربلي، كان من فقهاء عصره وزهاد دهره، له قدم راسخ في العلوم، وكفاه فخراً أن الإمام النووي من تلاميذه. مات سنة خمس وستين وستمائة. ينظر: طبقات الشافعية (٢٢٣).

(٣) وهو أبو بكر ملك داود بن علي بن أبي عمر القزويني شيخ والد الرافعي، من شيوخه: القاضي أبو سعيد الهروي، قال الرافعي: حضر يوماً الجامع لإلقاء الدرس على عادته، وكان له ولد شاب فاضل حسن المنظر يحضر معه كل يوم ولم يحضر اليوم، وكان اسمه محمد، فلما جلس للدرس أتت جدتي -أم أبي - وكانت تحته حينئذ، فأخبرته سراً بوفاة ولده المذكور، فأمرها بتجهيزه ولم يذكر للحاضرين، فلما فرغ من الدرس على عادته قال: إن محمداً دعي فأجاب، فمن أراد الصلاة فليحضر، توفي ملك داود سنة خمس وثلاثين وخمسمائة. ينظر: طبقات الشافعية لأبي بكر بن هداية الله الحسيني مؤلف الوضوح (٢٠٣).

(٤) هو والد الإمام الرافعي رحمه الله، هو أبو الفضل محمد بن عبد الكريم بنَ فضل، (ت:٥٨٠ هـ).

(٥) هو الإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الطبري الأصل الرازي، الإمام المفسر، أوحد زمانه في المعقول والمنقول وعلوم الأوائل، وبرع في العلوم حتى رحل إليه الناس من الأقطار، وصنف تصانيفه المشهورة في كل علم، وكان يمشي في خدمته أكثر من ثلاثمائة تلاميذ، توفي بهراة سنة ست وستمائة. ينظر: الوافي بالوفيات (٢/ ٣٨)، ووفيات الأعيان (٤/ ٢٤٨)، وطبقات الشافعية الكبرى (٨/ ٤٠)، وطبقات الشافعية لابن هداية (٢١٦/٢١٨)، و ترتيب الأعلام على الأعوام (١/ ٣٩٧).

ثـم قـال: ويجـوز أن يعتـدَّ بـه إذنـاً.

وتعجـب منـه صاحـب النجـم وقـال: إذنها لوليّها بلفـظ الوكالـة ليـس مما نحـن فيـه أصلا[1].

وهذا[التعجب]منـه حـق؛ لأنَّ صاحـب البيـان نقـل نـصّ الشـافعي عـلى أنّ إذن المـرأة بلفـظ الوكالـة جائزٌ، وأراد بالتوكيـل هنـا مـا [إذا]أرادت حقيقـة الوكالـة، فأيـن الإذن بلفـظ الوكالـة؟ وأيـن الوكالـة عـلى حقيقتهـا؟ اللهـم إلا أن [يـؤول] لفـظ المصنـف وهـو قولـه: "ويجـوز أن يعتـدّ بـه إذنـاً" بـأن [يقـال]: أراد [الاعتـداد] بـه إذنـاً إذا أرادت بلفـظ الوكالـة إذنـاً، لا وكالـةً حقيقـةً.

(**ويصـح توكيـل الـوليّ في حـقّ الطفـل**)[2] كالأب والجـدّ في المـال والتزويـج، والقيـم والـوصيّ في المـال؛ لتمكنـه فيـما يـوّكل فيـه ولايـةً .

فـرع: [لا يجـوز] توكيـل المُـحرم في الاصطياد ومـا لا يجـوز لـه، ويجـوز أن يـوّكل مَـن يعقـد النـكاح بعـد التحلـل، ولا يجـوز أن يـوكِّل أحـدا بأخـذ الصيـد لـه بعـد التحلـل، والفـرق مـسُّ الحاجـة في ذاك دون هـذا، ولأنّ الإحـرام يمنـع انعقـاد النـكاح دون الإذن، ويمنـع التعـرض للصيـد إذنـاً وفعـلاً.

(**ويستثنـى عـمّا ذكرنـاه**) مـن القاعـدة، أو عـما لا تصـح المبـاشرة فيـه (**توكيـلُ الأعمـى**) بصيراً متمكنـاً رشـيداً (**في البيـع و الـشرى**) لـه (**فيصـحُّ**) أن يـوكل في بيـع مالـه وشرى شيء لـه؛ لأنَّ الـضرورة داعيـةٌ إلى ذلـك؛ إذ قـد لا يكـون للأعمـى وجـهُ معـاش سـوى طريـق التجـارة، [ولا يتأتى]منـه بنفسـه، فلـو مُنـع عـن التوكيـل أيضـاً لضـاعَ.

***

(١) النجم الوهاج (٥/ ٢٤).

(٢) تبعه في المنهاج فقال: "ويصح توكيل الولي في حق الطفل"، ولو حذف الطفل كما في الروضة ليدخل المجنون ونحوه لكان أشمل. تحرير الفتاوى لأبي زرعة العراقي (٢/ ٩٤).

شروط الوكيل

(ويشترط في الوكيل أن يتمكن من مباشرة التصرف لنفسه) فيما يوكل فيه بأن يكون رشيداً صحيح العبارة؛ لأنَّ الوكيل قائم مقام الموكل في الإيجاب والقبول، فلا بدّ أن يكون من أهلهما **(فلا يصحُّ توكيل الصبي والمجنون)** لأنهما لا يتمكّنان في المباشرة لنفسهما[فكيف يصح لغيرهما؟][1] **(نعم، الأظهر)** من الوجهين **(أنه يعتمد قول الصبي في الإذن في دخول الدار و إيصال الهدية)** إلى المهدَى إليه، وذلك بأن فتح الباب، أو كان مفتوحاً وخرج منه وقال للمستأذن في الدخول: "إن أهل الدار أذنوا لك في الدّخول"، أو أوصل هدية وقال لِمَن أوصل إليه: "فلانٌ أهدى إليك هذا" جاز الدخول والقبول[2]، سواء ضمت إليه قرائن أو لم يضم؛ لِأنه المنقول من لَدُن عصر الأول إلى يومنا من غير نكير فصار إجماعاً.

والثاني: لا يجوز الاعتماد كما في غير هذين الأمرين، وما نقل عن السّلف فإنما هو عند إنضمام قرائِن بحيث لا يستريب فيه أحد.

وإذا قلنا بالأول فهو وكيلٌ في الإذن من صاحب الدّار والمهدي في الإرسال، حتى ينعزل لو عزلوه، ولو أوصل أو أذِنَ قبل العلم بالعَزل فالحكم كما في سائر الوكالات، هكذا أطلقوا، ويفهم من هذا أن لا فرق بين الهدايا في الجواز، لكن قال وليُّ الدّين العراقيُّ: أما الهدايا الطّعامية كالمصل[3] والجبن فالهدية فيها إباحة فيكفي إيصال الصبي؛ اتباعاً للعرف، وأما الهدايا التي يقصد بها التمليك للاستدامة فلا بدّ فيها من الإيجاب والقبول من المُهدي، وإنما يفيد إيصالُ الصبي جوازَ أخذها إلي مراجعة المهدي.

(فلا يصح توكيل المرأة والمحرم) بأحد النسكين **(في النكاح)** إيجاباً وقبولاً؛ لعدم

---

(١) النجم (٥/ ٢٦)، والحاوي الكبير (٦/ ٥٠٨)، والبحر (٨/ ١٥٩)، و التحفة (٢/ ٣٢٠).

(٢) ينظر النجم الوهاج (٥/ ٢٨).

(٣) المَصلُ والمَصالَةُ بفتحِها ويُضمّ الأخير أيضا: ما سال من الأقط إذا طبخ ثمّ عُصرَ، وهو رديءُ الكَيموسِ أي: الخُلَاصَة الغذائية ضارّ للمعدَة. ينظر: تاج العروس (١/ ٧٥١٤)، واللسان (١١/ ٥٢٤)، والمعجم الوسيط (٢/ ٨٠٨). باللغة الكردية: "لۆرک".

تمكنهما من[مباشرة] الإيجاب والقبول لأنفسهما[١]، [وهل يجوز توكيل] المحرم ليعقد لموكّله بعد التحلل؟ فيه طريقان: **أحدهما**: الجواز مطلقاً كما لو وكّله ليعقد بعد التحليل[٢].

والطريق الثاني: فيه قولان: القائل بالمنع يقول بالفرق بأن في الأول التوكيل إذنٌ والإحرام لا يمنعه، والتّوكل اختيار وتعرضٌ للمباشرة، و الإحرام مانعٌ منه.

(والأظهر) من ثلاثة أوجه **(جوازُ [توكيل] العبد في قبول النكاح)**؛ لجواز المباشرة[له في الجملة في قبول النكاح فله أهلية القبول **(ومنعُه في طَرف الإيجاب)**؛ إذ لا تصح مباشرة] إيجاب النكاح منه؛ إذ لا ولايةَ له على أحد[٣].

والثاني: يصح في القبول والإيجاب؛ لأنه من شأنه أن يكون أهلاً لهما بالعتق، فينزَّل إمكان الوجود منزلة الوجود.

والثالث: منعه فيهما؛ نظراً إلى[حالته]الآن؛ فإنَّه غيرُ متمكن منهما لنفسه فهو كالمرأة فيهما.

وحكى المصنف في[الشرح الوجهين]في القبول بغير إذن السيد، ويفهم منه عدمُ جريان الخلاف إذا كان بالإذن. وفي الروضة ما يدّل على جريان الخلاف مطلقاً سواء [المأذون] في القبول أو لا. ويقاس عليه الإيجابُ كما نبّه عليه الجلالي[٤].

***

شروط الموكَّل فيه ثلاثة

(و) يشترط **(في الموكَّل فيه)** مالاً أو حقاً **(أن يملكه الموكلُ)** أي يمكنه أن يتصرف

---

(١) ومالكة الأمة توكّل وليّها في تزويجها. واختلفوا في توكيل المرأة في طلاق غيرها، فمنهم من قال: يجوز كما يجوز توكيلها في طلاقها، ومنهم من قال: لا يجوز، لانها لا تملك الطلاق، وانما أجيز توكيلها في طلاق نفسها؛ للحاجة. ينظر: أسنى المطالب (١٠/ ٢٦٢)، والمجموع (١٤/ ١٠٣).

(٢) وصورة توكيل المحرم أن يوكل ليعقد له أو لموليته حال الإحرام، فإن وكله ليعقد له بعد التحلل أو أطلق صح ؛ لأنَّ الإحرام يمنع الانعقاد دون الإذن. ينظر: أسنى المطالب (١٠/ ٢٦١).

(٣) ينظر: أسنى المطالب (١٠/ ٢٦١ – ٢٦٢).

(٤) ينظر: العزيز (١١/ ١٦)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٢٥). وكنز الراغبين (٨/ ٢٨٢).

فيه حال التوكيل بلا مانع؛ لأنَّ التوكيل تمليكٌ و استنابةٌ، [ولا تمليك] بلا ملك، ولا استنابة بلا محلِّ نيابةٍ (**فأظهرُ الوجهين**) تفريعا على القاعدة الكلية (**أنّه لا يجوز أن يوكّل ببيع عبدٍ سيملكه**) من بعدُ (**أو طلاقِ زوجةٍ سينكحها**) من بعدُ؛ إذ الاستنابة فرع المباشرة، وهو غيرُ متمكن من المباشرة تعذُّراً، لا تعسُّراً [أو عجزاً]فكيف يستنيب غيره؟ ثبّتِ العرش ثم أنقش[1].

واستثنى ما إذا وقع ذلك بالتبعية، كما إذا قال : " وكّلتك في بيع هذا العبد وما سأملِكُهُ " فإنَّه يصح؛ تبعاً لوجود ما يقع عليه، أو كان ذلك في القراض بأن قال المالك للعامل: وكّلتُكَ ببيع ما سأجِدُ وأملك من الأقمشة؛ فإنَّه يصح جزماً؛ لتضمن جواز عقد القراض ذلك؛ لأنَّ مصالح العقد لا تتم إلا بذلك.

والثاني: يجوز؛ تنزيلاً للعموم الممكن منزلة الموجود، واكتفاءً بحصول الملك للموكل عند تصرف الوكيل؛ لأنّه المقصود من التوكيل[2].

(**وَ**) يشترط (**أن يكون**) الموكَّل فيه (**قابلاً للنيابة**[3])؛ إذ الوكيل نائب الموكل قائم مقامه (**فلا تجوز النيابة في العبادات**)؛ لأنَّ كلّ واحدٍ مكلفٌ بها يطلب منه الإتيان بها امتحاناً، فلو جازت النيابة بطل ذلك المقصود.

وقيّد بعضهم العبادات بالبدنية، والإطلاق أولى.

(**ويستثنى**) من العبادات (**الحج**)؛ فإنَّه تجوز النيابة فيه عند العجز كما مرّ في بابه، ويتبعه ركعتا الطواف والإحرام، وتقوم نيّة النائب مقام المنيب (**وتفريق الزكاة**) أراد إخراجها وتفريقها، وذلك لأنَّ الحاجة داعية إلى النيابة فيهما. أما في الحج فلأِنه قد تحصل الاستطاعة بالمال أو الإطاعة، وكان الشخص عاجزاً عن المباشرة فأجازوا له النيابة؛ تكميلاً لأركان الإسلام له بقدر الإمكان، وأما إخراج الزكاة وتفريقها؛ فلأنّ

---

(١) قول يتمثل به. مرقاة المفاتيح (١٢/ ٢٠٩) و (١٣/ ٣٢٧) و باب علامات النبوة (١٧/ ٦٢).

(٢) ينظر: الروضة (٣/ ٥١٧)، والعزيز (١١/ ٤)، وأسنى المطالب (١٠/ ٢٤٢).

(٣) ينظر: الروضة (٣/ ٥١٨)، والعزيز (١١/ ٥ – ٦)، والتحفة (٢/ ٣٢١)، وأسنى المطالب (١٠/ ٢٤٢)، وكنز الراغبين (٨/ ٢٨٦)، والإعانة (٣/ ٨٤)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٨٤- ٢٨٥).

أرباب الأموال قد يكونون إماماً أعظمَ، أو سلطاناً، أو امرأةً مخدَّرةً، أو عاجزاً لا يمكنه الخروج إلى الأموال، فلو لم تجز النيابة لَلَزم أن يخرج الإمام إلى المزارع، وقد يرفع كلّ يوم مائة مواضع من الزّرع فلا يمكنه بلوغها، وكذا سائر السلاطين، وأمر المخدرة والعاجز واضح، فاستدعى الضرورة إلى النيابة. ثم[بمجرد]الوكالة فيها يكون وكيلاً في النية.

وقيل: لا بُدَّ وإن يقول: وكّلتك في الإخراج والنية.

(وذبح الضحايا)؛ لما في الأحاديث الصحيحة: «**أنه ﷺ كان يأمر عليّاً كرّم الله وجهه بذبح الضحايا عنه**»[1]، مع أن الشخص قد يكون عاجزاً أو امرأةً مخدرة فلا يجوز حرمانه عن تلك الفائدة الجليلة.

وقاس الأئمةُ الكفاراتِ والصدقاتِ المتطوعة على الزكاة، وذبحَ الهدى والمنذورة وشاة العقيقة على الضحايا.

[وقد مَرّ] في الصوم جواز صوم الوليّ عن الميت عند القديم، واختاره النووي[2].

و قد مرّ في الوضوء جواز الاستعانة في الوضوء والتيمم[3].

واحترز [بقوله:] " في العبادات " عن إزالة النجاسات؛ فإن الوكالة فيها جائزة بالاتفاق؛-[لأنه] من باب التروك، ولذا لا يحتاج إلى النية .

(ولا) تجزئُ النيابة **(في الأيمان)**؛ لأنَّ الغرض من اليمين تخويف الحالف ليعترف بالحق، ولا خوف له بحلف غيره، [و]لأنّ حكم اليمين يتعلق بذكر أسماء الله تعالى على سبيل التعظيم، ولا تعظيم في ذكر أحدها لغيره.

(والشهادات)؛ لأنها أخبار عما عُلِم، وكل [واحد] أعلم بحاله من غيره، وقد [يجترئ]

---

(١) مثل ما في صحيح مسلم من حديث جابر (٢/ ٨٨٦)، رقم (١٤٧- (١٢١٨))، وفيه: «حَتَّى أَتَى الجَمرَةَ الَّتِي عِندَ الشَّجَرَةِ، فَرَمَاهَا بِسَبعِ حَصَيَاتٍ، يُكَبِّرُ مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ مِنهَا، مِثلِ حَصَى الخَذفِ، رَمَى مِن بَطنِ الوَادِي، ثُمَّ انصَرَفَ إِلَى المَنحَرِ، فَنَحَرَ ثَلَاثًا وَسِتِّينَ بِيَدِهِ، ثُمَّ أَعطَى عَلِيًّا، فَنَحَرَ مَا غَبَرَ، وَأَشرَكَهُ فِي هَديِهِ».

(٢) في كتاب الصوم من الوضوح، وينظر: روضة الطالبين (١/ ٣٩٣).

(٣) في الوضوح : سنن الوضوء.

بتفويض الكذب إلى غيره؛ تحاشياً عن مباشرته. وأما[الشهادة على]الشهادة فهي شهادة على لفظ الشاهد، لا الوكالة عنه، ولذا لم[يُكتفَ]بواحد عن واحدٍ.

(**ومن الأيمان الإيلاء واللعان والقسامة**)؛ ذكرها؛ لانفرادها بأسماء، وإلا فهي داخلة[في]لفظ الأيمان؛ لأنها أيمانٌ حقيقةً. (**وكذا الظهار**) لا تجوز النيابة فيه[1] (**على الأظهر**) من الوجهين؛ لأنه مبنيٌّ على التعظيم بذكر شيء مستقبح [تحليله]شرعاً وعقلاً، فيلحق بالأيمان لذلك، وهذا معنى قولهم: " بناءً على أنّ المتغلَّبَ فيه معنى اليمين ".

والثاني: تجوز النيابة فيه؛ لاستدعائه إلى التحريم، فيلحق[من ذلك]بالطلاق[2].

قال ابن الرّفعة: لو قلنا به كان لفظه: أنتِ على موكلي كظهر أمِّهِ، أو: فجعلت موكلي مظاهراً عنك. وقال العراقيّ: الأشبه أن يقول: " أنتِ على موكِّلي كظهر أمّه "[3].

وألحق بالأيمان النذرُ ابتداءً، وتعليقُ العتق، قيل: وتعليقُ الطلاق[4].

(**ويجوز التوكيل في طرفي البيع**) بائعا ومشتريا (وَ) طرفي (**السلم**) سلماً ومسلماً إليه (**الهبة**) واهباً و متهباً (وَ) طرفي (**الرهن**) راهناً ومرتهناً (و) طرفي (**النكاح**)[5] ولياً وخاطباً (و) طرفي (**الطلاق**)[6] وذلك في الخلع من طرف الزوج والمختلع [زوجة] أو أجنبياً (**وسائر العقود**) أي باقيها: من الصلح، والحوالة، والضمان، و الإجارة والشركة، والمساقاة، والجعالة، والمزارعة إن صححناه، والقراض، والقرض والشفعة[7]

---

(١) لأنه منكر من القول وزور، وفي الوكالة إعانة عليه. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٣٢).

(٢) تغليباً لشائبة الطلاق، قال المتولي: وهو ظاهر المذهب، والأول مذهب المزني. وحقيقة الخلاف ترجع إلى أن المغلَّب في الظهار اليمين أو الطلاق: فإن صححناه فالأصحُّ أنّه يقول: موكلي يقول: " أنت عليه كظهر أمه ". ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٣٢).

(٣) تحرير الفتاوى (٢/ ٩٨).

(٤) ينظر: العزيز (١١/ ٥).

(٥) ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٣٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٨٥)، ونهاية المحتاج (١٥/ ٢٩٨).

(٦) لأنه إذا جاز في العقد ففي قطعه أولى. ينظر: النجم (٥/ ٣٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٨٥).

(٧) وكذلك الوصية وقبولها، وعن القاضي الحسين وجه أنّه لا يجوز التوكيل في الوصية؛ لأنها قربة، وخالفه الدميري. ينظر: العزيز (١١/ ٧)، و روضة الطالبين (٣/ ٥١٨)، والنجم الوهاج (٥/ ٣٣).

(و الفسوخ)[1] كفسخ الخيارين، و الإقالة، والرّد بالعيب، والفسخ بالعُنة[والعيوب]في الزوجين.

***

وإطلاقه يقتضي جواز الوكالة في كل فسخ، إلاّ أنّ بعض الأئمة [قالوا]: كل فسخ يقتضي الغرر يتعذر فيه التوكيل، كفسخ النكاح بالعتق[2]. واغتفر بعضهم ذلك، وقال: الوكالة على الحال لا يوجب التقصير، بل[التقصير]فيما لو أخر في طلب الوكيل.

[الوكالة في الخصومة في الدعاوي]

(و) يجوز التوكيل في **(قبض الديون)** ثمناً أو مُثمناً[3] **(وإقباضها)** كذلك **(وفي الدعوى)** بأن يوكل المدعى مَن يدعى عنه، ويشترط أن يبين له كيف يدعى؛ لئلا يكون وكالة في المجهول **(والجواب)** بأن يوَكّل المدّعى[عليه] من يجاوب عنه دعوى المدّعى، ويبيّن له كيف يجاوبه، ولا يشترط رضى الخصم[4].

[ولا فرق] بين أن يكون ذلك في الماليات أو غيرها.

وفي الوكالة في تعليق الطلاق والإعتاق وجهان:

أصحهما: أنّ التعاليق ملحقةٌ بالأيمان فلا يجوز.

والثاني: يجوز كما في [المنجزة].

---

(١) لأنه إذا جاز في العقود ففي حلها أولى. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٣٣).

(٢) ينظر: أسنى المطالب (٢٤/ ٢١٠)، ، والمجموع (١١/ ٢٩٩)، والروضة (٤/ ٣٠٠).

(٣) وكذلك المعاصي كالقتل والسرقة لا مدخل للتوكل فيها، ويستثنى منها ما يوصف بالصحة كبيع حاضر لباد، أو وقت النداء يوم الجمعة فيصح التوكيل فيه وإن كان معصية بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٣٣-٣٤). وقال الشاشي: ويصح التوكيل في إثبات الحدود والقصاص؛ لأنه حق آدمي، فجاز التوكيل في إثباته كالمال، وقال أبو يوسف: لا يجوز ذلك؛ لأنّ التوكيل إنابة، والإنابة فيها شبهة لا محالة، وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة، وكما في الاستيفاء. ينظر حلية العلماء (٥/ ١١٣)، و الروضة (٣/ ٥٢٠-٥٢١)، والعزيز (١١/ ٩).

(٤) مذهب الحنفية: أنه لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً. ينظر: الاختيار (١/ ٤٢٤)، وتبيين الحقائق (١٢/ ٤٢٥)، والعناية شرح الهداية (١١/ ٧٩)، وبدائع الصنائع (٦/ ٢٢).

(والأصح) من الوجهين عند المصنف[١] **(جواز التوكيل بتملك المباحات كإحياء الموات)** والشرط تعيين الأرض المحياة عند بعض، والأصح عدم الاشتراط.

(والاصطياد والاحتطاب)[٢] والاحتشاش[٣]، وقطف الثمار[المباحة] في الأودية والجبال؛ لأنَّ ذلك سبب الملك، فأشبه التوكيل في الشرى، وقد نقل: أن زبير بن عوام وكّل خباباً في إحياء مهزول اسم واد.

وعلى هذا فيحصل الملك للموكل:

قيل: مشروط بقصده له؛ لأنه لو لم يقصده فكأنّه عزل نفسه.

وقيل: الشرط عدم القصد لنفسه؛ إذ لا يلزم من عدم القصد للموكل قصده لنفسه وهذا أقرب.

والثاني: لا يصح التوكيل فيها[٤]، [ويحصل] الملك فيها للوكيل بالقبض والحصول؛ لأنَّ المباحات يستوي فيها الناس، فكل مَن أخذها فهي له، فلا اختصاص لأحد فيها.

وإنّما قيّدت الوجهين بالمصنف[٥]؛ لأنَّ النوويَّ حكاهما قولين في الروضة، وعبّر عنهما بالأظهر في المنهاج، وقد شرط فيه: "وحيث أقول: " في الأظهر فمن القولين"[٦].

وأجاب الجلالي: بأنهما قولان مُخَرَّجان غير منصوصين، فالمصنف اعتبر التخريج فعدّهما وجهين، والنووي اعتبر المخرج منه، أي: المقيس عليه فعدهما قولين[٧].

(ومنعُه في الإقرار) أي و الأصح منعه[في الإقرار[٨]] لكن من الوجهين بالاتفاق: بأن

---

(١) العزيز (١١/ ٨).

(٢) الاحتطاب: جمع الحطب، والحَطَبُ: ما أُعِدَّ مِن الشجَرِ شَبُوباً للنَّارِ. لسان العرب (١/ ٣٢١).

(٣) الاحتشاش: طلب الحشيش وجمعه، والحشيش يابس الكلأ. ينظر: لسان العرب (٦/ ٢٨٣).

(٤) لأنَّ وضع اليد وجد منه وهو سبب الملك فلا ينصرف بالنية إلى غيره، وإذا قلنا بالأظهر فاستأجر لذلك صح وله الأجرة، والذي حصله للمستأجر. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٣٤).

(٥) العزيز شرح الوجيز (١١/ ٨).

(٦) روضة الطالبين (٣/ ٥١٩)، ومقدمة المنهاج للإمام النووي (ص٢).

(٧) حاشيتا قليوبي – وعميرة على كنز الراغبين للمحلي جلال الدين (٨/ ٢٩٠).

(٨) ينظر: حلية العلماء (٥/ ١٤٤).

يقول[1]: وكلتك لتقر عني بكذا لفلان؛ إلحاقاً [للأقارير بالشهادات]؛ لأنها أخبار عما في الضمير كالإشهاد.

والثاني: يصح إذا بيَّن جنس المقر به وقدره؛ لأنه حينئذ يكون الإقرار بمنزلة قوله: " قُل لزيدٍ له عليَّ كذا "، فيكون إعلاماً لا إقراراً، وهو قويٌّ جداً.

وعلى هذا فهل يلزمه قبل إقرار الوكيل؟ فيه وجهان: **[الأصح]**: عدم اللزوم.

والثاني: يلزمه بنفس التوكيل.

قال النووي: ولو قلنا بالأول- أي: بعدم الصحة - فهل يلزمه ما يوكل فيه بنفس التوكيل أو يكون كلامه لاغياً [في البين؟] وجهان، **الأصح**: أنه يجعل مقراً بنفس التوكيل فيكون نفس التوكيل إقراراً[2].

(وجوازه) أي: والأصح جوازه لكن ليس من القولين ولا من الوجهين بل من قول في ثلث طرق **(في العقوبات)** أي: عقوبات الآدميين؛ بدليل التمثيل **(كالقصاص وحدّ القذف)**[3]؛[لأنها] حقوق كسائر الحقوق، فيجوز التوكيل فيها أي: [في] استيفائها[4] في غيبة المستحق، واحتمال العفو احتمال عقلي كاحتمال رجوع الشهود فيما [ثبت] بالبينة، فلا يعبأُ به.

والقول الثاني في هذا الطريق: لا تجوز الوكالة فيها ليستوفى في غيبة الموكل؛ إذ ربما[يرحمه فيعفو] عنه.

والطريق الثاني: القطع بعدم الجواز من غير طرد القولين

والطريق الثالث: القطع بالجواز قولاً واحداً.

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٢٠)، والعزيز (١١/ ٨)، و شرح البهجة الوردية (١٠ ٤٥٣)، وإعانة الطالبين (٣/ ٨٦)، وفتح الوهاب (١/ ٣٧٣) ،وأسنى المطالب (١٠/ ٢٥٣)، والإقناع (٢/ ٣٢٣).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٥٢٠).

(٣) ينظر: العزيز (١١/ ٦ – ٨)، والروضة (٣/ ٥٢٠)، والعزيز (١١/ ٩)، وأسنى المطالب (٢٢/ ١٣١)، وحاشيتا قليوبي وعميرة (١٧/ ١٤١.)، والنجم الوهاج (٥/ ٣٥).

(٤) مذهب الشافعية: أنه يجوز التوكيل بالخصومة لإثبات الأموال أو عقوبة الآدمي، كالقصاص وحد القذف، وسواء رضي الخصم أو لم يرض، وسواء كان للموكل عذر كالمرض مثلاً أم لا. ينظر: حلية العلماء (٥/ ١١٣- ١١٤)، والروضة (٢/ ٩١)، والمجموع (١٤/ ٩٨).

وعبارتـه قـاصرة عـن حكـم عقوبـات الله تعـالى، وهـو أنّـه يجـوز للإمـام التوكيـل في استيفائها؛ لأمرهـم [الجلادين] بـه مـن لـدن عـصر النبـي ﷺ إلى يومنـا هـذا، وهـو يـوم عرفة سنة ست و ألـف[1].

وكذا يجوز للسيد[2] التوكيل في[حدِّ]مملوكه كما يجوز للإمام أيضاً.

(**وليكـن مـا فيـه التوكيـل معلومـاً مـن بعـض الوجـوه**)؛ ليمكـن توجـه القصـد إليـه للوكيـل[3] (**ولا يشـترط أن يكـون معلومـاً في كل وجـه**)؛[إذ قد]يتعسر ذلـك وقـد يتعـذر فسومح بذلـك لذلـك (**فلـو قـال وكلتـك في كل قليـل وكثير أو في جميع أموري أو فوّضت إليـك كل شيء لم يصـح**) [التوكيـل][4]؛ لأنَّ توجـه النفـس إلى مـا ليس[بمعلـوم] توجـهٌ لا يُعلـم حسـن عاقبتـه، وذلـك غـررٌ منهـيٌّ عنـه فـلا يسـامح بـه؛ إذ لا ضـرورة إليـه.

ولـو قـال: وكلتـك بـما يجـوز فيـه النيابـة، فقيـل : يجـوز؛ لأنـه بـين وجهـاً، والأصـح أنّـه كقولـه: بـكل قليـل وكثير.

ولـو قـال: " اشـتر لي حيوانـاً " لم يجـز؛- للجهـل بجنسـه ونوعـه. وكـذا لـو قـال: " رقيقـاً "حتـى يبـين أنّـه عبـد أو أمـة، بـل [الأصـح] وجـوب بيـان النـوع والصـنف؛ لدفـع الغـرر.

وعن ابن كج جواز الاقتصار على بيان الذكورة و الأنوثة.

والوكيل يشتري النوع الغالب في البلد.

وهـل يجـب ذكـر الثمـن؟ قيـل: يجـب، والأصـح أنّـه إنـما يجـب بيـان غايتـه، بـأن

---

(١) هـذان السطران مـن الوضـوح دلّانا على أن الشـارح كان عائشاً بعـد الألـف مـن الهجرة وكان مشتغلاً بتأليف الوضوح.

(٢) وهـو جائـز مـن الإمـام والسـيد في حـد مملوكـه في الحضـور والغيبـة لقولـه ﷺ: «اغـدُ يـا أُنيـسُ إلى امـرأة هـذا فـإن اعترفـت فارجمهـا قـال فغـدا عليهـا فاعترفـت فأمـر بهـا رسـول اللهﷺ فرجمـت» رواه البخـاري (٢٣١٤) و (٢٧٢٤) و (٦٨٢٧). وأمـا التوكيـل في إثباتهـا فإنّـه ممتنـع إلا في صـورة واحـدة وهـي دعـوى القـاذف على المقذوف أنّه زنـى؛ فإنها مسـموعة ويصـح التوكيـل في إثباتها. ينظر: الروضـة (٣/ ٥٢٠)، والعزيز شرح الوجيز (١١/ ٩)، وحاشيتا قليوبي- وعمـيرة (٨/ ٢٩٤)، والنجم الوهـاج: (٥/ ٣٥).

(٣) ولئلا يعظم الغرر. ينظر: المجموع (١٤/ ١٠٧)، والتحفة (٢/ ٣٢٣)، والنجم الوهاج (٥/ ٣٦).

(٤) لأنـه يدخـل فيـه مـا يطيـق ومالا يطيـق، فيعظـم الـضرر، وحكـي عـن ابـن أبي ليلى أنّـه قـال: يصـح. حليـة العلـماء (٥/ ١١٦).

يقول: من عشرة إلى خمسة عشر، أو: من مائة إلى مائة وخمسين مثلاً.

(ولو قال في بيع أموالي أو إعتاق) [عبيدي أو] **(أرقائي صح)** [(١)] وإن جهل أمواله وأرقاءه؛ لقلة الغرر؛ لعلمه ببعض الوجوه؛ لإمكان العلم به من بعد.

ولو لم يصف وقال: " بِع مالاً من أموالي أو رقيقاً من أرقّائي " لم يجز إلا ببيان النوع. **والفرق:** أنّ في الأول يعلم الوكيل الموكل فيه، وهو جميع أمواله، أو جميع أرقائه، بخلاف الثاني؛ فإنَّه لا يعلم ما هو.

(ولو وكل) رجلاً **(بشراء عبدٍ فلا بدّ من بيان نوعه)** [وصفته]من الروميّ والزنجي والهنديّ؛ إذ الأغراض يختلف باختلاف النوع كما فَصَّلتُ في السلم[(٢)].

ولا يشترط ذكر الطول والقصر والحمرة والصفرة وبقيه الأوصاف المرعيّة في السلم كما ذكر في النهاية، وبعضهم اعتبر ذِكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها، وفي ذكر الصنف من النوع كالقبجاقي[(٣)] من الترك، والبربريّ من الزنج، والبنكالي من الهند، وجهان، وقد أشرت إليهما.

(أو) وكَّله **(بشرى دارٍ فلا بدّ من بيان السّكة والمحلة)** -والسكة بكسر السين: الزقاق الواقعة في المحلة-؛ تقليلاً للغرر، ولاختلاف الأغراض بالجار بسوء العشرة وحسنها.

(وأصح الوجهين أنّه لا يشترط التعرض لقَدرِ الثمن) من مائة أو أقل أو أكثر، [أو] بيان غايته.

والوكيل يشتري احتياطاً بحيث لا يغبن فيه غبناً فاحشاً.

---

(١) والعَبدُ للذَّكَرِ، والأَمَةُ للأُنثَى، والرَّقيقُ يَعُمُّ. التدريب في الفقه الشافعي المسمى بـ «تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي» ومعه «تتمة التدريب» لعلم الدين صالح ابن الشيخ سراج الدين البلقيني ﷺ [وتبدأ التتمة من كتاب النفقات إلى آخر الكتاب]المؤلف: سراج الدين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي، حققه وعلق عليه: أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، الطبعة: الأولى (١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م)- دار القبلتين، الرياض - المملكة العربية السعودية: (٢/ ٣٧٨).

(٢) وتقليلاً للغرر. مغني المحتاج (٢/ ٢٨٧)، وأسنى المطالب (١٠/ ٢٥٦)، والنجم (٥/ ٣٧).

(٣) في (ج) كالقفجاقي.

والثاني: يجب أن يبين غايته[1] ولا يجب تعيين القدر.

وهذا هو الأصح كما مرّ؛ دفعاً للجهل الكلية.

***

الصيغةوشروطها

(**فصل: لا بدَّ من جهة الموكل من لفظ**) أو ما يقوم مقامه كالكتابة وإشارة الأخرس، وذكر اللفظ على الغالب (**يدلّ على رضاه**) أي الموكل (**بتصرف الغير**)؛ لأنَّ الألفاظ وما يقوم مقامها دوالٌّ على ما في الضمير، والرضا يتعلق بالضمير، فلا بدّ مما يدل عليه (**بأن يقول: وكلتك بكذا**) بيعاً أو شِرىً أو إعتاقاً أو قبضاً أو إبراءً أو طلاقاً أو خلعاً أو غيرَ ذلك (**أو: فوضته**) أي: كذا (**إليك**) ومعنى التفويض إليه: أن يفعل فيه ما يشاء (**أو: أنت وكيلي فيه**) [ولا يكفيان] إلاّ بقيدٍ زائد لم يذكره للوضوح، وهو: في بيعه أو شراه أو غير ذلك؛ لأنَّ مجرد التفويض والتوكيل بدون البيان للمتصرف فيه جَهلٌ محضٌ وغررٌ بينٌ.

(**ولو قال: بع أو اعتق حصل الإذن**) بشرط أن يكون المبيع أو المعتق[معلوماً]مشاراً إليه، وإلا فَبِع وأعتق مجردين جهلٌ بما يوكل فيه وغررٌ عظيم. [والصيغتان] الأوليان إيجاب، والثانية قائم مقامه.

(**وأظهر الوجوه**) الثلاثة (**أنّه لا يشترط القبول لفظاً**) لأنَّ الوكالة إرخاءٌ لِعَنان الغير ورفعٌ لحجرِهِ، فألحِقَ بإباحة الطعام[2].

ويشير بقوله : لفظاً إلى أنّه لا بُدَ من قبوله [معنى]وهو الرّضاء بالوكالة وعدم الرد، فلو ردّ وقال: لا أقبل، أو: لا أدفع، أو: " لست أهلاً لهذا الأمرِ " بطلت، ولو أراد بعد الرّد أن يفعل فلا بُدّ من إذنٍ جديدٍ.

---

(١) بأن يقول: من مائة إلى ألف، كل هذا إذا قصد القنية، فإن قصد التجارة لم يشترط بيان شيء من ذلك، بل يكفي أن يقول: اشتر بهذا ما شئت من العروض، أو ما رأيته مصلحة. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٣٨).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٢٧)، وأسنى المطالب (١٠/ ٢٨٩)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٨٨).

والثاني: يشترط القبول لفظاً؛ إلحاقاً بسائر العقود، وَبِهِ قطع الخراسانيون، وقالوا: إنها إثبات سلطَنَة للوكيل، فلا بُدّ من قبوله لفظاً.

(**والثالث أنّه يشترط في صيغ العقود كقوله: وكلتك**) أو: فَوّضت إليك؛ [لأنه يكون]عقداً صورةً [ومعنىً]، فيلحق بسائر العقود في القبول لفظاً، وهذا ما اختاره العراقيون.

(**ولا يشترط في صيغ الأمر كبِع وأعتق**)[1]؛ لما ذكرنا في توجيه الأول أنّ صيغ الأمر أقرب إلى الإباحات.

وإذا قلنا بالأول فلو وكله وهو غائب ولم يشعر به فتصرفه مبنيٌ على الخلاف فيما إذا عُزل ولم يشعر به.

وقيل: صحّ على الأصح على عكس صورة العَزل، واختاره النووي والمصنف في بعض تصانيفهما[2].

(**ولا يجوز تعليق الوكالة بالشروط**)[3] بأن قال: إذا جاء رأس الشهر أو قَدِمَ الحجيج فأنت وكيلي في كذا (**على أظهر الوجهين**)؛ لأنها إثبات يد للوكيل على التصرف، فهو تمليك تصرف، فأشبه سائر التمليكات.

والثاني: يجوز تعليقها؛ لأنها[أمرٌ]مبنيٌّ على المسامحة والارتفاق؛ بدليل عدم وجوب القبول معنىً أو لفظاً في مجلس التواجب، فإذاً يغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها.

---

(١) وقال الروياني في بحر المذهب: تستثنى ثلاث صور يكون القبول فيها على الفور (٦/ ٣٦).
أحدها: لو تعين زمان العمل الذي وكل فيه وخيف فواته كان قبول الوكالة حينئذ على الفور.
الثانية: لو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده صار القبول على الفور.
الثالثة: أن يوكله في إبراء نفسه. ينظر: بحر المذهب: (٨/ ١٥٦)، والوسيط: (٣/ ٢٨٣)، والعزيز: (١١/ ١٨).

(٢) العزيز (١١/ ٢٠ – ٢١)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٢٧).

(٣) كالقراض وسائر العقود.
والثاني: تصح الوصية والإمارة فإنّه يصح تعليقهما؛ لقوله ﷺ في أمراء مؤتة: «إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة»، رواه البخاري (٤٢٦١)، وابن حبان (٤٧٤١)، وغيرهم. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٣٩– ٤٠)، وكتاب الإبهاج في شرح المنهاج (١/ ١٢٢)، والمهذب (٢/ ١٦٢).

وإذا قلنا بالأول فهل يصح تصرف الوكيل بعد وجود الشرط؟ فيه وجهان: والأصح الصحة؛ لوجود الإذن.

ولعلّك تقول: فما فائدة البطلان؟ إذا كانت التصرفات صحيحة، ولا يدخل في ضمانه؛ لأنَّ حكم الفاسد من العقود حكمُ الصحيح في الضمان وعدم الضمان.

قيل: الفائدة أنّه إذا كانت الوكالة بجعلٍ وسمَّى له جُعلاً معلوماً سقط المسمى ووجبت أجرة المثل[1].

(ويجوز أن ينجِّزَها) أي يجعله وكيلاً في الحال **(ويشترطَ للتصرف شرطاً)** بأن قال: وكلتك الآن في بيع حِنطتي فإذا جاء الشتاء فَبِعها؛ لأنَّ ذلك طلبٌ لمحل التصرف وهو جائز عرفاً، وليس في تعليق الوكالة في شيء.

وإن تأقّتها بأن قال: وكلتك في بيع مالي إلى شهر محرم الحرام جاز بالاتفاق؛ لأنَّ عقد الوكالة ليس للتأبيد، فالتصريح بالتوقيت لا يضره، وإذا صح شرط التصرف فالأصحُّ أنّه لا يصح تصرفه قبل وجود الشرط.

(ولو قال: وكلتُك) الآن **(ومهما عزلتك فأنت وكيلي فأصحّ الوجهين صحة الوكالة في الحال)**؛ بناءً على أنها ليس فيها تعليق، وما ذكر لا ينافيه[2].

والثاني: لا يصح في الحال؛ لاشتمالها على شرط التأبيد، وهو إلزام العقد الجائز بقوله: "ومهما عزلتك فأنت وكيلي".

(وفي عوده وكيلاً بعد العزل الخلافُ المذكور في أنّ الوكالة هل تقبل التعليق أم لا؟) والأصح عدم العود؛ لأنَّ الأصح هنا فساد التعليق[3].

---

(١) وهو قول الإمام الشيرازي. ينظر: المهذب (٣/ ٣٥١).

(٢) ولأن الإذن قد وجد منجزاً. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٤٠).

(٣) وللخلاف شروط: أحدها: أن يأتي بصيغة الشرط مثل: على أني كلما، أو بشرط أني كلما.
الثاني: أن يصل التعليق بالتولية، فلو فصله صحت الوكالة قطعاً.
الثالث: أن يعلق بما يقتضي التكرار كـ(كلما) بخلاف (متى و مهما).
الرابع: أن يقول: كلما عزلتك بنفسي أو بغيري؛ لإمكان العزل بتكرار الصيغة أو التوكيل. ينظر: المجموع (١٤/ ١٠٨)، وكتاب الإبهاج في شرح المنهاج (١/ ١٢٢)، والمهذب (٢/ ١٦٢).

والثاني: العود؛ بناءً على أن الوكالة [هل]تقبل التعليق؟.

ومحل الخلاف: فيما إذا علم بالعزل أو قلنا: يعزل قبل العلم، وإلا فهو باقٍ على وكالته الأولى.

وإذا قلنا بالعود فإنما يعودُ مرّةً، إلا إذا كان التعليق بكلما [فتكررُ] العود [بتكرر] العزل.

(**ويجري هذا الخلاف في تعليق العزل**) بأن قال: «عزلتك ومهما وكلتك فأنت معزول»: **أصحهما**: عدم الصحة بعد الوكالة.

ثانياً: قال المصنف في الشرح والنووي في الروضة: إن العزل أولى بصحة التعليق من الوكالة؛ إذ لا يشترط فيه القبول قطعاً[1].

(**فصل: الوكيل بالبيع مطلقاً**) بأن لم يتعرض لقدر الثمن ولا للنقد والنسيئة ولا للحلول والتأجيل (**ليس له [أن يبيع] بغير نقد البلد**[2] **ولا بالنسيئة**)

ولا بثمن المثل وهناك راغب بالزيادة عليه، بل لو وجد طالبٌ بالزيادة في مدة الخيار وجب الفسخ والبيع منه.

(**ولا بالغبن الفاحش الذي لا يحتمله الناس**) في المعاملات (**غالباً**) وهو التغابن باثنين في عشرةٍ، دون واحد فيها، فإن الناس يحتمل ذلك.

ويشير بقوله: " مطلقاً " إلى أنّه لو نصَّ على شيء مما منعناه منه يجوز للوكيل أن يبيع به؛ لأنَّ المنع إنما هو لأجله فزال بإذنه.

وفي قوله: " **ليس له** " التصريح بالمنع، حتى لو باع على وجه مما ذكر بطل البيع.

(**ولو باع على أحد هذه الوجوه وسلَّمَ المبيع صار ضامناً**)؛ لأنّه متعدٌّ بمباشرة البيع الباطل وتسليم المبيع فيه، والجهل لا يؤثر في سقوط الضّمان لو كان يترك التعلم، فعليه الاسترداد إن

---

(١) العزيز (١١/ ٢٤ – ٢٥)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٢٩).

(٢) قال الدميري: " هل المراد بلد البيع أو التوكيل؟ الظاهر: أن المراد الأول ". ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٤٢– ٤٣)، والروضة (٣/ ٥٣١)، والعزيز (١١/ ٢٦)، والمجموع (١٤/ ١٢٩ –١٣١).

بقي، وله بيعه ثانياً بالإذن السابق ولا يدخل الثمن في ضمانه، لأنه أخذه على ما أجاز الشرع له.

ولو تلف المبيع في يد المشتري غرَّم الموكلُ مَن شاء منهما القيمةَ في المتقوم والمثلَ في المثليِّ، ثم القرار على الوكيل.

ولو كان في البلد نقدٌ واحدٌ لزم البيع به على ما فهم من قوله: " أو نقدان لزم البيع بأغلبهما "، فإن استويا في المعاملات باع بأنفعهما للموكل، فإن استويا في النفع أيضاً فهو مخيّر فبأيّهما باع صحّ.

(**ولو أذن**) للوكيل (**في البيع مؤجّلاً وقدر الأجل**) بشهر أو شهرين مثلاً (**فذاك**) أي: فذاك التوكيلُ صحيحٌ جزماً، ويمتثل ما أمره: فإن زاد بطل البيع جزماً ولو بيوم، وإن نقص فالأصح صحته إلا إذا نهاه عن ذلك.

(**وإن أطلق**) الإذن في الأجل بأن قال: " بع مؤجَّلاً " ولم يقدِّر له الأجلَ (**فأصحُّ الوجهين صحةُ التوكيل**[1] بهذا الإطلاق (**والوكيل يؤجِّل على**) الأجل (**المتعارف في مثله**) أي: في مثل ذلك المبيع بين الناس؛ حملاً لمطلق اللفظ على المعهود.

والثاني: لا يصح التوكيل عند الإطلاق؛ لاختلاف الأغراض [باختلاف الآجال] طولاً وقصراً[2].

وإطلاق الكتاب يقتضي بطلان البيع حيث لا عُرفَ، وليس كذلك، [بل يراعي الوكيلُ] الأنفعَ للموكّل.

وقيل: ما شاء، **وقيل**: يبيعه حالاً إلاّ إذا نهاهُ عنه، وهو الأقيسُ؛ فلما يصحُّ أن ينقص من الأجل الذي قدّره يصح أن لا يؤجِّل أصلاً.

اعلم أن الألفاظ قد تتفاوت في مقتضاها فيتبع ما اقتضاها، فلو قال الموكل: "بع ما وكلتُك فيه بكم شئت "، فله البيع بالغبن الفاحش، ولا يجوز بالنسيئة ولا بغير نقد البلد؛ **لأنّ** " كَم " للمقدار.

ولو قال: "بع بما شئت " فله البيع بغير النقد، ولا يجوز بالغبن ولا بالنسيئة؛ لأنَّ " ما " للجنس.

---

(١) ينظر: كنز الراغبين (٨/ ٣٠٧)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩١)، ونهاية المحتاج (١٥/ ٣٣٥).

(٢) ينظر: حاشيتا قليوبي– وعميرة (٨/ ٣٠٧)، والنهاية (١٥/ ٣٣٥)، والنجم الوهاج (٥/ ٤٤).

ولو قال: "بع كيف شئت" فله البيع بالنسيئة، ولا يجوز بالغبن ولا بغير النقد؛ لأنَّ "كيف" للحال.

***

حكم بيع الوكيل ما وُكِّل فيه من نفسه

(**ولا يبيع الوكيل**) مطلقاً (**من نفسه وولده الصغير**)؛ لأنه يُتهم بذلك؛ لحرصه بطبعه على المسامحة والاسترخاص [لهما]، وغرضُ الموكل الاسترباحُ والاجتهادُ في الازدياد، فيتنافي الغرضان.

ولو نصّ له الموكلُ على ذلك[1] وقال: بع من نفسك أو من ولدك الصغير فهل يصح؟ وجهان[2]: **أحدهما**: يجوز كالإذن في البيع بالغبن.

وأصحهما: لا يجوز؛ لتنافي الغرضين وهما الاستقصاء لجانب والاسترخاص لآخر.

وحكم الهبة والتزويج كذلك، وكذا استيفاء القصاص من نفسه.

وحكم الشرى في ذلك حكم البيع، حتى لا يجوز أن يشتري من نفسه أو من ولده [الصغير؛ بعين] ما ذكرنا.

ويكفي في البطلان فيهما اتحاد القابض والمقبوض، والعجب أن أكثرهم لم يعللوا البطلان به.

والأصح من الوجهين: أنّ الوكيل بالبيع مطلقاً. (**والأظهر أن له أن يبيع من ابنه البالغ وأبيه**)؛ لانتفاء التهمة [فيهما]؛ لأنه لا يشفق في حقهما إشفاقَه في الصغير، فهو كما لو باع من صديقه بشرط أن يبيع بما يبيع به من أجنبي.

والثاني: أنّه لا يصح؛ لغلبة الميل إليهما، ويقاس عليهما المكاتب والزوجة والزوج.

ومحل الخلاف فيما إذا لم ينص عليه، فإن نصّ بأن قال: "بع من أبيك أو ابنك البالغ" صحّ جزماً[3].

---

(١) وقيل: ولو نص له الموكل على ذلك جاز، وإلا فلا، وقيل: يبيع لنفسه مطلقًا. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٤٥).

(٢) ينظر: حاشيتا قليوبي – وعميرة (٨/ ٣١٢).

(٣) والمراد بأبيه وابنه: المستقلان؛ لئلا يرد السفيه والبالغ المجنون، فإنهما كالصغير .... ولعل الفرق أن لنا هنا مراداً ظاهراً وهو ثمن المثل، وأما إذا صرح له بالبيع منهما فيجوز بلا خلاف. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٤٥).

(و) الأصح من الوجهين (**أنّ الوكيل بالبيع مطلقاً يملك قبض الثمن وتسليمَ المبيع**) إلى المشتري؛ اتباعاً للعرف؛ لأنَّ العرف جارٍ بأن يقتصر في الوكالة في البيع على أن يقول: " وكلتك في بيع كذا "؛لاقتضاء البيع أيّا هما.

والثاني: لا يملك؛ اقتصاراًعلى ما أذن، وعلى هذا فيجب أن يُعلِمَ الموكلَ على الفور ليباشر ذلك بنفسه أو يأذن للوكيل.

(و) على الأوّل (**لا يسلم المبيعَ حتى يقبض الثمن**)؛ احتياطاً لحق الموكل؛ إذ رُبما لا يصل إليه الثمن لمانعِ غارةٍأو مطلٍ أو آفةٍ سماويةٍ (**ولو فعل**) أي: سلَّم المبيعَ قبل قبض الثمن (**غرِم**) قيمةَ المبيع للموكِّل متقوماً أو مثلياً، سواء كان مثل الثمن أو أقل- بأن ربح - أو أكثر بأن باعه بغبن محتمل، ثمّ إذا قبض الثمن دفع إلى الموكِّل وأستردَّ ماله.

قال كمال الدين في النجم الوهاج: هذا إذا كان مختاراً بالتسليم، فلو ألزمه الحاكم بتسليم المبيع قبل قبض الثمن، ويرى ذلك مذهباً بدليل أو تقليدٍ فلا ضمان، هذا لفظه،؛ إذ لا يعدّ مقصراً والحالة هذه[1].

ولو وكله في الصرف أو بيع الطعام بالطعام فله القبض والإقباض بلا خلاف؛ لأنَّ ذلك شرطٌ في صحة البيع، فالإذن [في البيع] إذنٌ فيهما.

ولو وكله بالبيع مؤجلاً فله تسليم المبيع؛ إذ لفظ الأجل يقتضي ذلك.

ولا يجوز له[قبل]قبض الثمن إذا حلّ الأجل؛ إلا بإذن جديد من الموكل؛ لأنَّ الإذن في الأجل لا يتناول قبض الثمن؛ لأنه ليس من توابع العقد[حينئذٍ].

(**والوكيل بالشرى لا يشتري المعيب**)؛ لأنَّ الإطلاق يقتضي السلامة عرفاً فهو كالمشروط شرعاً.

ويستثنى ما إذا كان غرض الموكل التجارة؛ فإنَّه يصح شَرى المعيب، كعامل القراض وشريك التجارة والعبد المأذون في التجارة؛ لأنَّ الغرض في التجارة الربح فحيث حصل فبها ونعمت، وقد يكون الربح في شرى المعيب أكثر.

---

(١) النجم الوهاج (٥/ ٤٦).

(فلو اشتراه في الذمة وهو) أي: المعيب **(يساوي مع العيب ما اشترى به وقع)** الشرى **(عن الموكل إن جهل)** الوكيل **(العيب)**؛ لأنه ليس بمخالفٍ لمقتضى العرف قصداً أو لم يغبن به الموكل.

(وإن علمه) أي: علم الوكيلُ العيبَ **(لم يقع عنه)** أي: عن الموكل وإن ساوى ما اشتراه به أو زاد **(على الأظهر)** من الوجهين؛ لأنَّ أمر الوكيل مبنيٌّ على رعاية مصالح الموكل، والمعيب تقلّ الرغبات في شراه فقد يغبن فيها [ولو مآلاً][1]، مع أنّ العرف يقتضي السلامة عند الإطلاق، وخلاف المعهود عُرفاً كخلاف المشروط شرعاً.

والثاني: يقع للموكل؛ لعدم الغبن و إطلاق اللفظ.

(وإن كان) المعيب **(لا يساوي)** ما اشتراه الوكيل **(لم يقع عنه)** أي: عن الموكل **(إن علم)** الوكيلُ **(العيب)** بلا خلافٍ؛ لأنه مقصرٌ في حقه مخالفٌ لمقتضى الوكالة، وهو الاجتهاد في الاسترباح للموكل **(وإن جهله وقع)** عن الموكل **(على الأظهر)** كما لو كان المشتري هو نفسه.

والثاني: لا يقع؛ لأنَّ الوكيل مقصر بترك التفحص فيقع عن نفسه فيؤدّي ثمنه من ماله إن أمضى البيع.

(وإذا وقع عن الموكل) فيما إذا جهل الوكيل العيب **(فلكل واحدٍ من الوكيل والموكل الرّد بالعيب)**

أما الموكل؛ فلأنه المالك ولو كان فيه ضرر فَبِهِ يلحق.

وأما الوكيل؛ فلأنه المباشر للعقد وبه يتعلق [أحكامه]، ولأنه لو لم يَجُز له الرّد لكان المالك ربّما لا يرضى به، وحينئذ يتعذر الرد القهري؛ لأنه على الفور.

ثم إن رضي الموكل به معيباً فليس للوكيل ردهُ؛ [لأنّ] ردَّه لحقِّ الموكل وقد رضي به، بخلاف العكس.

وتقييدُ المسئلة بما [إذا] اشتراه في الذمة نظر؛ لأنه لو اشترى بعين مال الموكل فالحكم

---

(١) في (ا): "فقد يغبن فيها أولا"، وليس بمناسب.

كما لو اشترى في الذمة فحيث يقع عن الموكل هناك يقع هنا أيضاً وحيث لا فلا، إلا أن يقال: التقييد يفيد جواز الرّدّ لهما، بخلاف الشرى بالغبن؛ فإنَّه ليس للوكيل الرّدّ فالتقييد لإخراج هذا .

***

توكيل الوكيل

(**وليس للوكيل أن يوكّل وكيلاً**) في الموكل فيه (**إذا لم يأذن**) الموكّل (**له**) أي للوكيل (**فيه**) أي: في التوكيل (**وكان**) الواو للحال[بقيد]النفي بعدم الإتيان، وكان (**ما وكّل فيه مما يتأتى منه**)؛ لأنَّ التوكيل تمليك التصرف للغير، وذلك خلاف القياس فلا يتجاوز المعين ما أمكن؛ إذ لا ضرورة إليه.

(**وإن كان**) أي: الموكل فيه (**مما لم يتأتَّ منه:[إما] لأنه لا يحسنه**) أي: لا يعلمه، بأن كان غِراً لم يتجارب الأمور ولم يعرف الأسعار وقد وكَّله في بيع أموال يحتاج في التقويم إلى زيادة نظر (**أو لا يليق**) مباشرةُ ذلك (**بحالهِ**) بأن كان ذا منصب من قضاءٍ أو رياسةٍ وغيرهما وقد وكله في بيع القار، أو[شرى آلات] المغازل (**فله**) أي: للوكيل (**التوكيلُ**) في الموكل فيه؛ لأنَّ تفويض مثل ذلك إلى مثل هذا متضمنٌ لإذن التوكيل؛ لاستدعائه ذلك.

وقيل: محل هذا إذا علم الموكل أنه كذلك، أمّا اذا لم يعلم وفوّض إليه فلا يجوز التوكيل إلا بالإعلام.

وقيل: لا يجوز مطلقاً.

(**وكذا لو كثر**)[أي:] الموكل فيه (**ولم يمكنه الإتيان بالكل فله أن يوكل فيما زاد على قدر الإمكان**) لا فيما لم يزد على قدر الإمكان (**على الأصح**) من القولين من طريقة في ثلاث طرق؛ لأنَّ التوكيل في مثل ذلك مشعر بالإذن في الوكالة لما زاد، وإلا فلا فائدة في تفويض الكل إليه.

والقول الثاني في هذه الطريقة: أنه يوكل في الكل، أي: فيما زاد على [قدر] الإمكان

وفيها لم يزد؛ لأنَّ مثل هذه الوكالة مشعرٌ بالإذن في التوكيل للوكيل، وإذا جاز له التوكيل فلا يقيّد بغير الممكن.

والطريقة الثانية: لا يوكل في قدر الإمكان جزماً، وفيها زاد وجهان، والأصح عدم الجواز.

والطريقة الثالثة: طرد الخلاف فيها زاد وفيها لم يزد، والأصح الجواز.

آهٍ كيف حال من يريد الاطلاع إلى قصد المصنف في المحرّر [في إطلاق الخلافات] ولم يكن عنده شرحنا هذا؟

(**ولو أذن له**) أي للوكيل(**في التوكيل بأن قال: وكّل عن نفسك**[1] **فَفَعَلَ فالثاني وكيل الوكيل**) بمعنى أنّه ينعزل لو عزله؛ لأنّه وكيله لا وكيل الأصل (**لكن**) استدراك لما يوهم أنّ الثاني إذا كان وكيل الوكيل لا ينعزل لو عزله الموكل (**الأصح**) من الوجهين (**أنّه**) أي: وكيل الثاني (**ينعزل بعزله**) أي بعزل الموكل[الأول] إيّاه - من إضافة المصدر إلى الفاعل مع حذف المفعول-؛ لأنه إذا كان الثاني وكيل الأول فهو وكيل موكله أيضاً؛ لأنَّ فرع الفرع فرع لأصلِ ذلك الفرع.

والثاني: لا ينعزل بعزل الموكل الأول إيّاه؛ بناءً على أنّه وكيل الثاني ويفصح عنه قوله: "عن نفسك".

والموت والجنون في ذلك كالعزل.

(**وإن قال**) حين أذن له في التوكيل (**وكّل عني وفعل فالثاني وكيل الموكل**) حتّى ينعزلُ أحدهما بعزل الموكل إيّاه ولا يعزل أحدُهما الآخرَ؛ لأنَّ كلاً منهما وكيلٌ[عن] جهة الموكل، وغايةُ ما في الباب أنّ أحدهما وكيلٌ بالمباشرة وثانيهما وكيلٌ بالتوكيل فله عزل أيهما شاء.

(**وكذا**) الحكم أي يكون الثاني وكيل الأول (**لو أطلق**) بأن قال: وكّل ولم يقل: "عني أو عن نفسك (**على الأصح**) من الوجهين لأنَّ التوكيل تمليك التصرف وقد

---

(١) ينظر: العزيز شرح الوجيز (١١/ ٤٤).

تولاه بإذن الموكّل فكأنّه سَفّار[١] ومُبلِّغ منه.

والثاني: أن الثاني وكيل الوكيل؛ إذ المقصود من قوله: " وكّل "تسهيل الأمر[عليه]، ليتوسع على نفسه بمَن يقوم مقامه في الشؤون، فهو كما لو قال: " عن نفسك ".

(**فصل**:[٢] **إذا قال**) الموكّل للوكيل: (**بع**) مالي (**من فلان**) من زيدٍ أو عمروٍ أو غيرهما (**أو**) بعه (**في وقت كذا**) من شهر أو فصل أو يوم (**لم يبع من غيره**) أي من غير فلان في صورة تعيين المشتري رعاية لغرض الموكل إذ قد يتفاوت أحوال الأشخاص في حسن المعاملة والتشديد و المساهلة وقد يكون ما في يد [واحدٍ] أبعد من الحرام والشبهة [ممّا] في يد آخر وغير ذلك من الأغراض.

(**ولا**) يبيع (**في غير ذلك الوقت**) أي: الذي عيّنه؛ إذ قد يقصد الموكل بذلك مصادفة كثرة الراغبين في ذلك الوقت فإن خالف وباع من غير المعين أو في غير ذلك الوقت بطل؛ للمخالفة ودخل المبيع في ضمانه، وعليه استرداده إن بقي، وغرامته بالقيمة لا بالثمن إن تلف.

(**وكذا لو عيّن مكاناً للبيع**) بأن عيّن [السوق] عموماً، أو عيّن سوقاً من الأسواق، أو مكاناً غير السوق (**تعين على الأظهر**) من الوجهين؛ إذ قد تختلف الأمكنة بإجتماع الراغبين فيها أو كون النقد فيها أجود، وذلك ممّا يختلف فيه الأغراض.

والثاني: لا يتعيّن؛ إذ قلّما يختلف الأغراض في الأمكنة، بخلاف الزمان؛ فإن له أثراً ظاهراً في الرّخص والغلاء.

وعلى الأصح لو جمع بين الكل وجب الامتثال، بأن قال: بع من زيد في يوم الجمعة في سوق بغداد.

ومحلّ هذا اذا لم يقدّر الثمن فإن قدر وقال: بع بمائةٍ مثلاً فلا يتعيّن المكان وكذا الزمان؛ لعدم اختلاف الغرض بتقدير الثمن.

---

(١) يستعمل الشارح كلمة سفار في معنى السفير، ولم نحصل على هذا المعنى في كتب اللغة والمصطلحات.

(٢) تنبيه: والصور المذكورة من أول الباب إلى هذا الفصل مفروضة في التوكيل المطلق، ومن هنا إلى آخره في التوكيل المقرون بتقييد. و حاصله: أنّه يجب مراعاة تقييد الموكل، ورعاية المفهوم منه بحسب العرف، وفيه المسائل.

ويتعين المشتري وإن قدر الثمن؛ لاختلاف الناس في أخذ الأثمان وسعر الأمتعة.

***

[إذا عين الموكل القدر]

(ولو قال بع بمائة) أو ألف مثلاً (لم يبع بما دونها) إمتثالاً لأمره ورعايةً لغرضه ولو كان النقص بنصف طسوج[1] بخلاف ما لو نقص عن ثمن المثل فيما يتغابن به الناس في صورة الإطلاق؛ لأنَّ ذلك يسمى ثمن المثل ودون المائة لا يسمى مائة ففي هذا مخالفة دون ذاك.

(وله أن يزيد) في الثمن على المائة لأنّه استرباح للموكل (إلا إن صرح بالنهي عنه) أي: الازدياد على المائة؛ فإنَّه لا يجوز أن يزيد؛ لإمكان أن يبتغيَ بذلك مرضاة الله تعالى فيكون الوكيل بالمخالفة منّاعاً للخير مع كون الموكل نفّاعاً للغير.

قال المصنف في الشرح بع من نفسك، والنووي في الروضة[2]: فلو قال: بع من زيد بمائة لم يجز أن يبيع منه بأكثر من مائة؛ لأنَّ تعيينه يشعر بالإرفاق به لِخلةٍ أو خُلةٍ[3].

ولو لم ينهه عن الزيادة ويجد الراغب بالزيادة فهل له الاقتصار على المائة أم يطلب الراغب [بالزيادة] ويبيع منه؟

---

(١) الطَّسُّوجُ: الناحية، واسمٌ لمقدار من الوزن يعدِلُ رُبعَ دانِق، فالدَّانِق أربعةُ طَسَاسِيج، وهو سُدسُ الدّرهم، والطَّسُّوج حَبَّتان من الدَّوَانيق، والدَّانق أربعة طَساسيج وهما معرَّبان. ينظر: لسان العرب (٢/ ٣١٧)، والصحاح (١/ ٤٢٤) والمحيط (٢/ ٨٨).

(٢) العزيزشرح الوجيز (١١/ ٤٧)، روضة الطالبين (٣/ ٥٤٠).

(٣) الخُلّة بالضم: المودة والصداقة، والخَلّة بالفتح: الحاجة،

واقطع بضم الخُلتين قطعاً	أعني المودّة وخلو المرعى
والخَلّةُ الخصلةُ والخِلال	جمعٌ لها ومثلُها الخِصال
والخلّة الحاجةُ مثلُ الفقر	وضُمّ جيم جُمّة من شَعرِ

ينظر: متن موطأة الفصيح نظم فصيح ثعلب، المؤلف: مالك بن عبد الرحمن بن فرج ابن أزرق بن منين بن سالم بن فرج، أَبُو الحَكَم، ابن المُرَحِّل (المتوفى: ٦٩٩هـ) تحقيق: عبد الله بن محمد (سفيان) الحَكَمي، الطبعة: الأولى (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م) راجعه وصححه وزاد عليه: الشيخ محمد الحسن الدَّدَو الشّنقِيطي - دار الذخائر للنشر والتوزيع - الرياض (ص: ١١٧)

فيه وجهان: أصحهما: أنّه لا يجوز أن يقتصر على المائة مادام يجد الراغب بأكثر.

والثاني: يجوز؛ اكتفاءً بما نصّ، ذكرهما صاحب الروضة[1] هكذا ،وفي الزاد تصحيح الثاني.

***

إن وكَّل في شراء سلعة موصوفة

(ولو دفع) الموكل إلى الوكيل **(إليه ديناراً ليشتري له)** به **(شاةً ووصفها)** بما تقدم في الوكيل بِشِرى عبدٍ،[أي:] بيّن نوعها من ضائنة وماعزة و ذكورتها و أنوثتها؛ فإن الشاة يتناول الماعزة و الضائنة والذكر و الأنثى.

وذكر الوصف وإن لم يشترط فيها إذا عين الجنس لكن المصنف مثَّل بذلك؛ لأجل امتثال الشرط وتَرَتُّب الخلاف الآتي .

(فاشترى) الوكيل **(شاتين بتلك الصفة)** التي وصفها بها **(بدينار: فإن لم يساوِ كلٌّ واحدة منهما)** على حِدَةٍ **(ديناراً لم يصح الشرى للموكل)**؛ لأنَّ المشتَرَى ليس على ما قاله الموكِّل، فليس بموكَّل فيه وإن زادت قيمتهما على دينار بناءً على فوات الموكل فيه.

(وإن ساوت كل واحدة منهما ديناراً فأصَحّ القولين الصّحّة وحصول الملك فيهما للموكل)؛ لأنه المشتَرَى على ما قاله الموكل فكانّه هو الموكل فيه فحصل غرض الموكِّل وزاد خيراً، ولانّ عروة البارقي هكذا فعل، بل باع أحدَهما بدينار وأتى رسولَ الله ﷺ بشاة ودينار ولم ينكر عليه بَل دعا له بالبركة[2].

والثاني: يُفَصِّل ويقول: إن اشتراهما في الذمة ونقد الدينار في ثمنهما كان للموكل واحدة بنصف دينار وكانت الأخرى للوكيل، ويستردّ الموكل من الوكيل نصف دينار.

وإن اشترى بعين الدينار فقد اشترى شاتين إحداهما بإذن الموكل و الأخرى بغير إذنه فيبطل في إحداهما وفي الثانية قولا تفريق الصفقة.

وإطلاق الكتاب يقتضي أن لا تساوي كل واحدة ديناراً سواء ساوت واحدة منهما دون

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٤٠).

(٢) ينظر: الأم (٤/ ٣٣)، والعزيز (١١/ ٤٩)، والمجموع (١٤/ ١٤٢)، وكنز الراغبين (٦/ ٣١٣).

الأخرى أو لم تساوِ حتى يبطل للموكل وإن ساوت واحدة وهذا هو المجزوم به في تعليق الحاوي وصرّح به الشيخ أبو اسحق حيث قال: وإذا ساوت واحدة فقط لم يقع للموكل[١]

لكن ذكر صاحب الروضة[٢] فيما إذا ساوت واحدة ديناراً دون الأخرى طريقين:

أحدهما: لا يصح في حق الموكَل واحدة منهما، ولعل هذا هو [مختار] الكتاب.

وأصحهما: أنّه كما ساوت كُلّ واحدة ديناراً لحصول مطلوب الموكل مع زيادة[خير] فيملكها الموكل على الأظهر [فيما] إذا ساوتا.

ولو قلنا بثاني الأظهر هنا[٣] فللوكيل التي لا تساوي ديناراً بحصته.

***

(**ولو أمره**) أي الموكل الوكيل (**بالشرى [بعين ماله]**) بأن قال: " اشتر شيئاً واجعل هذا الثوب ثمنه بعينه " (**فاشترى في الذمة**) ثم أدّى المال المعيّن في ثمنه بما التزمه في الذمّة (**لم يقع الشرى للموكل**)؛ لاختلاف الحكم بالشرى بالعين و الذمة: ففي الأول ينفسخ العقد بتلف العين؛ لأنها المعقود عليها، بخلاف الثاني؛ فإنَّه لا ينفسخ بتلف العين؛ لأنَّ العقدَ [منعقدٌ] على ما في الذمة، والعين مؤداةٌ فيها، وكفى بذلك مخالفةً.

(**ولو قال: اشترِ**) شيئاً (**في الذمة وسلّم هذا في ثمنه**) على عكس الأول (**فاشترى بعينه فكذلك في أصح الوجهين**)؛ بعين ما ذكر في توجيه الأول من المخالفة.

والثاني: يقع له؛ لأنه [زاده] خيراً حيث عقد على وجهٍ لو تلف المعين لم يلزمه شيءٌ[٤].

ورُدّ بالمعارضة [بأنه قد يكون] غرض الموكل تحصيلَ الموكل فيه، وإن تلف المعيَّن.

ولو دفع إليه ديناراً مثلاً وقال: " اشتر لي شاةً " فهل يتعين عليه الشرى بعينه؟ وجهان:

---

(١) ينظر: المهذب لأبي إسحاق الشيرازي: (٣/ ٣٦٨-٣٦٩).

(٢) قال النووي: قلت: الأظهر أنّه لا يصح بيعه. ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٤٢-٥٤٣).

(٣) في (أ، ب) الأظهر فللوكيل، في (ج) ساوتا وقلنا بثان الأظهر هنا.

(٤) العزيز: شرح الوجيز (١١/ ٥٧)، و روضة الطالبين (٣/ ٥٤-٥٤٧).

أحدهما: يتعين الشرى بعينه؛ لأنَّ الدفع قرينة على ذلك.

وأصحهما: أنّه يتخير بين الشرى بعينه وفي الذمة؛ لتناول الاسم لهما، وقال حين الدفع: " اشتر لي "، بهذا تعين الشرى بعينه على الأصح؛ لأنَّ الإشارة قرينة التعيين. والله أعلم[١].

(فصل: إذا خالف الوكيلُ الموكلَ في بيع ماله): بأن أمره ببيع عبدٍ فباع عبداً آخر، أو خالف في شرى ماله بأن أمره [يشتري عبداً] بهذا الدينار فاشترى له ثوباً أو عبداً آخر **(أو) خالف (في الشرى بعين ماله)**؛ بأن دفع إليه عبداً فقال: " اشترِ بعينه فرساً " فاشترى الفرسَ في الذمة وأدَّى العبدَ بما في الذمة، أو أمره بالشرى في الذمة فاشترى بعين ماله **(فتصرفُه باطلٌ)**؛ لأنَّ الذي فعله ليس الذي وكله فيه، فلم يكن مأذوناً فيه من جهة الموكل، فتصرفه فضوليّ[٢] صِرفٌ.

(ولو اشترى) [الوكيل] **(في الذمة)** بأن أمره بعين ماله فخالف واشترى في الذمة **(ولم يُسَمِّ الموكلَ)** بأن قال البايعُ: "بعت منك هذا الثوب بمائة دراهم " فقال الوكيل: " اشتريت بها" **(وقع الشرى عن الوكيل)** وإن نوى الموكلَ؛ لأنَّ تصرفه غيرُ واقع بإذن الموكل، فينصرف إلى مَن الخطابُ معه، وتلغو نيةُ الوكيل.

(وإن سماه بأن قال البايعُ: بعت منك " فقال) المشتري: **(اشتريته لفلان)** أو قال البائِعُ: " بعت من فلان " فقال: " اشتريت " ولم يقل: " له " **(فكذلك)** يقع عن الوكيل دون الموكل ولا يبطل العقد **(في أظهر الوجهين)**؛ إذ تسمية الموكل لا يشترط في العقد، فإذا سمّاه ولم يمكن صرف العقد إليه لعدم الإذن فصارت تسميته كعدمه[٣].

والثاني: يبطل العقد؛ لأنه أضاف إلى الموكل صريحاً ولم يمكن إيقاعه عنه؛ لعدم الإذن فيلغو العقد.

(ولو قال البائع: بعت هذا) العبد **(من فلان " فقال: " اشتريت لفلان " يعنيان)** أي:

---

(١) ينظر: العزيز (١١/ ٥٧)، والروضة (٣/ ٥٤٧)، وتحفة المحتاج (٢/ ٣٣٣).

(٢) الفضولي: هو من لم يكن ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد. التعريفات (١٣٧).

(٣) ينظر: العزيز شرح الوجيز (١١/ ٥٩).

يريدان ويقصدان (**الموكل فالمذهب بطلانه**) أي: بطلان العقد؛ لأنَّ أحكام البيع يتعلق بالوكيل إيجابُه وقبولُه وسائرُ أركانه وشرائطه، وذلك إنما يكون بجريان التخاطب بين المتبايعين، ولم يجرِ **ومقابل المذهب** أنّه يصح للموكل كالنكاح.

وأجيب بأن النكاح ليس كالبيع؛ لأنَّ وكيل النكاح سفّارٌ محض يجب أن يقول الوليُّ: " زوجتها من موكلك فلان " ويقول [الوكيل]: " قبلت نكاحها لموكلي فلان "؛ لأنَّ النكاح اذا خوطب به أحدٌ لا ينصرف إلى آخر، بخلاف البيع؛ فإن أحكامها تتعلق بالوكيل فلا بُدَّ من تخاطُبه، وإلا لم ينعقد.

ثم الكلام في أن المراد بالمذهب هنا أيُ شيء؟ قال في **الكفاية**: المراد به الوجه الأصح وحكى الخلاف وجهين، وعلى هذا فتعبيره بالمذهب إشارة إلى أنّه مخرجٌ من أقوال الشافعي[١].

وقيل: أراد بالمذهب المصطلح وعلى هذا فمقابله ليس وجهاً لأصحابنا ولا قولاً فيكون التعبير به بيان الواقع في المذهب لا جريان الخلاف، وبه يشعر كلام ابن الرفعة.

وقيل: أراد بالمذهب الطريق ولم يعرف مقابله، ولذا لم يصرح المصنف في الكبير ولا النووي في الروضة بمقابله[٢].

وعندي: أنّه من الوجهين؛ بدليل ما ذكر صاحب المطلب العالي[٣]: قال بعض أصحابنا: إذا قال: بعتك لموكلك فلان " فقال الوكيل: قبلتُه له " صحّ جزماً، بخلاف ما لو اقتصر على قوله: " بعت من موكلك "ولم يقل: "منك لموكلك "؛ فإنّه لم يصحّ في أصح الوجهين. [هذا].

[حكم يد الوكيل]

(**فصل: يَدُ الوكيل**) على ما وكّل فيه (**يَدُ أمانةٍ**)؛ لأنَّ الموكل ائتمنه فيه وجَعَله قائماً مقامه في حفظه والتصرف فيه فأشبه المودع (**سواء كان**) الوكالة (**بجعل**) بأن قال

---

(١) لم نجده في كفاية النبيه.

(٢) العزيز (١١/ ٥٨)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٤٧).

(٣) وهو الإمام ابن الرفعه صاحب كتاب (المطلب في الفقه) وهو غير مطبوع، ونصه: " وفي المطلب: إذا قال: بعتك لموكلك فلان فقال: قبلت له صح جزماً ". كنز الراغبين (٨/ ٣٣٢).

وكلتك في بيع أموالي على أن لك عشرة دراهم (أو لا) بجعل: بأن وكله فيها مجاناً؛ لأن أخذ الجعل لا يخرجه عن الأمانة؛ لأنه إرفاق له من جانب الموكل وترغيب [منه] في بيع المماكسة والمرابحة.

وعن المزني: أنّه [لو] أخذ الجعل صار ضامناً؛ لأنه إنما يكون وكيلاً لحظّ نفسه فيكون الموكَّل فيه كالمستعار.

وأجيب بأن ذلك لا يزيد على أخذ الأجرة في الإجارة [فَهُنالِكَ] لا يَصير ضامناً بالاتفاق فكذلك هنا.

فعلى المشهور لو تلف في يده بآفةٍ سماويةٍ أو غُصبَ منه أو سُرِقَ بلا تعدٍّ فلا يضمن.

(**فإن تعدّى**) بأن ركب الدابّة أو لبس الثوب أو حرث بالثيران (**صار ضامناً**) سواء كان ذلك بإذن الموكل أو بدونه؛ لأنه إن كان بإذنه فعاريةٌ، والعارية مضمونةٌ وإلاّ فغاصبٌ ظالم.

(**لكن الأصح**) من الوجهين (**أنّه**) أي الوكيل (**لا ينعزل عن الوكالة**) بالتعّدي؛ لأنَّ الوكالة عقد لها أحكام يترتب عليها: منها الأمانة، ولا يلزم من ارتفاع الحكم ارتفاع [العقد؛] ألا يرى أنّ المرتهن إذا تعدى ارتفع حكمُ [العقد] وهو الأمانة دون العقد؟

والثاني: ينعزل قياساً على المودع إذا تعدى فلما يقاس عليه في الأمانة يقاس عليه في رفع العقد، وأُجيب بأن الإيداع إيتمان محضٌ فيزول بالتعدي فلا يبقى شيءٌ آخر بخلاف الوكالة فإنَّه يرفع الأمانة بالتعدي [ويبقى] جواز التصرف للإذن وإنما يصير ضامناً بالتعدى بالفعل، وأما إذا تعدى بالقول ولم ينته الأمر إلى الفعل بَعْدَ لم يضمن، كما إذا باع نسيئةً أو بغير نقد البلد أو بالغبن الفاحش ولم يسلم المبيع بعد لم يصر ضامناً قبل التسليم ولم ينعزل جزماً نقله ابن الملقن عن ابن الرفعة[1].

وحيث تعدّى بنحو الركوب مثلاً ثم باع على ما ينبغي وسلم خرج عن ضمانه ولا يخرج قبل التسليم على الأصح؛ لإمكان ارتفاع العقد قبل التسليم ولا يضمن [الثمن] المقبوض؛

---

(١) عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج لابن الملقن (٢/ ٤٥١).

لأنه لم يتعدّ فيه، ولأنّ الضمان قد زال بخروج المبيع عن يده؛ لأنَّ الإخراج كان بإذن المالك.

ولو رُدّ عليه المبيع بعيب عاد الضمان. ذكره في الأنوار[1].

لكن ذكر أبو علي[2] وجهاً أنّه لا يعود الضمان؛ لأنَّ خروجه عن يده كان بإذن المالك والمالك غيرُ راضٍ بالرّدّ عليه.

(**وأحكام العقد في البيع والشرى تتعلق بالوكيل دون الموكل**)؛ لأنّه العاقد على الحقيقة؛ لأنه نائبه بخلاف النكاح؛ فإنّه سفيرُهُ ومُبلغُهُ أي قائم مقامه في اللفظ دون العقد في النكاح؛ إذ النكاح لا يقبل النقل بخلاف البيع.

(**حتى تعتبر رؤيته**) أي رؤية الوكيل (**دون رؤية الموكل ويلزم العقد بمفارقته**) أي الوكيل (**[مجلس] العقد دون**) مفارقة (**مجلس الموكل إن كان**) الموكّل (**حاضراً هناك**) أي في مجلس العقد.

(**و**) **يعتبر** (**التقابض**) في المجلس (**حيث يشترط**) التقابض أي: في الصرف وبيع المطعوم بالمطعوم (**قبل مفارقة الوكيل**) دون الموكل فلو أراد أحدهما الإجارة والآخر الفسخ فالاعتبار بالوكيل دون الموكل. نقله ابن الملقن[3] عن المتولي.

(**وإذا اشترى الوكيل**) شيئاً (**فللبائع مطالبته بالثمن إن دفع الموكل إليه ما يصرفه إليه**) أي: إلى الثمن أو إلى البائع في الثمن، والأول أولى، وإنما يطالبه لأنه المباشر للعقد وقد دفع إليه ما يستوفي حقه منه.

---

(١) ونصه: «ولو رد عليه بعيب عاد الضمان». الأنوار (١/ ٤٨٨)، وكذا قاله النووي في روضة الطالبين (٣/ ٥٤٨).

(٢) هو القاضي الحسين بن إبراهيم بن علي بن برهون القاضي أبو علي الفارقي، الفقيه الشافعي، ولد في ميارفارقين في ربيع الأول سنة ثلاث وثلاثين وأربعمائة، وتفقه بها على أبي عبد الله محمد بن بيان الكازروني، فلما توفي رحل إلى بغداد. وكان إماماً ورعاً، قائماً في الحق، مشهوراً بالذكاء، أملى شيئاً على المهذب يسمى بالفوائد، وذكر ابن الصلاح في ترجمة أبي العز القلانسي الواسطي أن الفارقي المذكور له فتاوى مجموعة في نحو خمسة أجزاء. توفي في المحرم سنة ثمان وعشرين وخمسمائة بواسط، وله من العمر خمس وتسعون سنة ممتعاً بحواسه، ودفن في مدرسته. ينظر: الوافي بالوفيات (٤/ ١٠٩)، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ٥٣)، ووفيات الأعيان (٢/ ٧٧)، وتهذيب الأسماء (٣/ ١٥٤)، وسير أعلام النبلاء (١٩/ ٦٠٨)، وطبقات الشافعية الكبرى (٧/ ٣٠ - ٣١).

(٣) ونصه: (وفرق بينه وبين دعوى القبض على أحد القولين؛ فإنّه في القبض يثبت على الموكل حقاً لغيره وهنا يسقط عن نفسه الضمان كذا ذكره المتولي) عجالة المحتاج (٢/ ٤٨٧).

(وإلاّ) أي: وإن لم يدفع إلى الوكيل ما يصرف إليه **(لم يطالبه إن كان الثمن معيناً)** أي معقوداً عليه بعينه عند الموكل ولم يحصل بعدُ في يد الوكيل ليدفعه إلى البايع وإنما لم يطالب من الوكيل؛ لأنَّ العقد إنما عُقِدَ عليه وكان حق البايع مقصوراً عليه [ولم يصر] في يد الوكيل فكيف يطالب [منه] ما ليس عنده وليس بضامن عنه.

وقيل يطالب به؛ [لأنّه بمباشرة العقد] صار كالضامن.

(ولو اشترى) الوكيل **(في الذمة فله أن يطالبه)** أي يطالب الوكيل فقط دون الموكل **(إن أنكر)** [البائع] **(وكالته)** لأنه بإنكاره الوكالة ينقطع دعواه عن الموكل.

(وإن اعترف) أي: أقرَّ [البائع] **(بها)** أي بوكالته **(فكذلك)** له أن **(يطالبه)** لكن لا ينقطع مطالبته عن الموكل **(على الأظهر)** من ثلاثة أوجه **(كما يطالب الموكل)**:

أما الوكيل؛ فلِمُباشرة العقد، وأما الموكل فلأنّ العقد له.

والثاني: يطالب الموكل فقط؛ لأنَّ الشرى ليس بعين عند الوكيل [ليطالب] به، وهو معترف بأن العقد [للآخر] والثمن عليه فلا وجه لمطالبته إياه.

والثالث: يطالب الوكيل فقط لأنه المباشر للعقد وبه يتعلق أحكامه.

(و) على الأول **(يكون الوكيل كالضامن والموكل كالأصيل)** فيرجع الوكيل على الموكل لو غرم الثمن بشرائط مرّت في الضامن والأصيل.

وللوكيل مطالبته الموكل لتخليصه لكن يجوز هذا[1] قبل أن يطالب بلا خلاف.

(وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن) من المشتري **([وتَلِف])** الثمن المقبوض **(في يده)** من غير تعدٍ **(وخرج المبيع مستحقاً)** أي حراماً أو متعلقاً به حق الغير كما إذا كان مرهوناً بيع بغير إذن المرتهن، أو عبداً تعلق برقبته أرشٌ **(فللمشتري أن يرجع على الوكيل)** ببدل الثمن قيمةً أو مثلاً **(على الأظهر)** من الوجهين **(وإن اعترف بوكالته)**؛ لأنّه القابض والمُتلف عنده، ولا ينقطع مطالبته عن الموكل.

(ثمّ) إذا غرّم الثمن **(هو يرجع على الموكل)** بما غرّم.

---

(١) في (ب، ج) هنا.

والثاني: لايرجع إلا على الموكل؛ لاعترافه بأن العقد له، والذي تلف الثمن [في يده] سفيره ويدُه يدُه.

[و]قال المصنف في الشرح الكبير: " وللمشتري الرجوع على الموكل إبتداءً"[1].

ومنهم من قال: لا يرجع البائع إلا على الوكيل.

وإذا قلنا: إنّه [يرجع] على أيهما شاء؟ قيل: لا مراجعة بينهما فأيهما غرّم لا يرجع على الآخر وكيلاً كان أو موكلاً، وقيل: لا يرجع الوكيل بما غرّم على الموكل ويرجع الموكل بما غرم على الوكيل، وقيل بالعكس.

ولو كان الوكيل بالشرى قد قبض المبيع وتلف في يده على عكس المسئلة الأولى ثمّ بان أنّه كان مستحقاً فمستحق المبيع مخيّر في مطالبة ثلاثة: البايع والموكل والوكيل بقيمته أو مثله.

والكلام في الرجوع ما مرّ في عكسه.

***

حكم الوكالة الجواز من الجانبين

(**فصل: الوكالة جائزة من الجانبين**) أي جانب الموكل والوكيل إذ الموكل قد يرى نفعه في نيابة [آخر]، أو في عدم النيابة، والوكيل قد يعرض له ما يشغله عن النيابة فلا يتفرغ لها، فالإلزام يضرُّهما جميعاً.

ثمّ إطلاقه يقتضي عدم الفرق بين الوكالة مجاناً والوكالة بجعلٍ، لكن قال صاحب الروضة: إذا كانت الوكالة بجعل معلوم واجتمعت فيها شرائط الإجارة من العمل المعلوم أو المدّة المعلومة فهي لازمة.

(**وإذا عزله الموكل في حضوره**) بقوله: عزلتك (**أو قال**) في حضوره: (**رفعت الوكالة أو أبطلتها أو أخرجتك منها**) أو لا تتصرف بَعدُ في مالي (**انعزل**) عن الوكالة؛ لأنَّ تصرفه كان بإذنه، فإذا ارتفع الإذن بطل التصرف.

وفي ما إذا كان وكيلاً في خصومةٍ معيّنةٍ ولم يرضَ الخصم بعزله أو كان الخصم غائباً

---

(١) العزيز (١١/ ٦٤).

وجهٌ منقولٌ عن أبي علي: أنّه لا ينعزل؛ لتعلق حق معلوم بها والأصح أنّه لا فرق.

(ولو عزله وهو غائب فهل ينعزل قبل بلوغ الخبر إليه فيه قولان: أصحهما نَعَم)[1] ينعزل؛ لأنها عقد لا يحتاج في رفعه إلى رضا العاقد فلم يحتج إلى العلم به كالمرأة في الطلاق؛ فإنها لا يحتاج إلى رضاها فلا يشترط علمها بالطلاق، وبالقياس على ما لو جُنَّ الموكلُ؛ فإن الوكيل ينعزل وإن لم يعلم.

والثاني: لا ينعزل قبل بلوغ الخبر بالعزل؛ لأنه مأذون في التصرف ولا شعور له بالعزل فلا ينعزل كالقاضي إذا عزل ولَم يبلغه الخبر؛ بجامع النيابة.

فعلى الأول: لابدّ للموكل من أن يُشهد على عزله إياه؛ لأنَّ قوله بعد تصرف الوكيل: "كنت عزلته" لا يقبل؛ لأنَّ الأصل بقاء الإذن وعدم العزل، فلا يترك إلا بحجةٍ قويةٍ.

وعلى الثاني: الاعتبار بإبلاغ من يقبل روايته دون الصبي والفاسق، ولا يشترط العدد ولا الذكورة ولا الحرية وإنما المعتبر العدالة والبلوغ لأنه إخبارٌ.

ولو وكّل وكيلاً آخر ببيع ما وكل فيه أو عرضه على البيع فلا ينعزل الوكيل الأول، إذ قد يكون ذلك لشدة حرصه على بيعه لا لعدم رضاه بنيابة الوكيل الأول.

وقيل: ينعزل في صورة الوكيل؛ لأنَّ إقامته مقام الأول في البيع يدل على عدم رضاه بنيابته وندامته.

(ولو قال الوكيل عزلت نفسي أو رددت الوكالة انعزل أيضاً) [أي كما ينعزل بعزل الموكل]؛ لما مرّ إنها جايزة من الطرفين فترتفع برفع كلٍ منهما.

ولا يشترط حضور الموكل ولا علمه [به] بلا خلاف كما لا يشترط رضاه.

(وكذا) ينعزل **(لو خرج الوكيل أو الموكل عن أهلية التصرف بالموت)** وذلك بالضرورة؛ لأنَّ الميت لا يتأتى منه شيء.

---

(١) القول الثاني للإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى حيث قال: إذا كان التوكيل بمسألة الخصم لم ينعزل وإن عزله في غيبته أنّه لا ينعزل كما أن القاضي لا ينعزل ما لم يبلغه الخبر وحكم الفسخ لا يلزم المكلفين قبل بلوغ الخبر، ولأنّ تنفيذ العزل قبل بلوغ الخبر إليه يسقط الثقة بتصرفه.

وأصحهما الانعزال؛ لأنّه رفع عقد لا يحتاج فيه إلى الرضا فلا يحتاج إلى العلم كالطلاق. ينظر: فتح القدير (١٤/ ١٨٨)، وشرح الوجيز (١١/ ٦٧)، وأسنى المطالب (١٠/ ٢٧٧)، وشرح البهجة الوردية (١١/ ٤٢)، وتحفة المحتاج (٢/ ٣٣٦، ٣٣٧).

قال ابن الرفعة: الموت ليس بعزلٍ [بل] ينتهي به الوكالة واستصوبه ابن الملقن في العجالة[1].

(أو الجنون) وإن زال عن قريب لسلب الخصائص الإنسانية به.

وحكى ابن الملقن وجهاً فيما إذا زال عن قريب: أنه لا ينعزل[به] واستبعده[2].

(وفي معناهما) أي الموت والجنون **(الإغماء على الأظه)** من الوجهين لسلب الخصائص به فهو كالجنون.

والثاني: لا ينعزل بالإغماء؛ لعدم زوال الخصائص به بل هي مغمورة فهو كالنوم، وهو الذي جزم به الإمام وصححه الغزالي في الوسيط والقاضي في التذكرة واختاره السّبكي[3].

ومحل الخلاف: في غير الوكيل في رمي الجمار؛ فإنَّه لا ينعزل بإغماء الموكل كما [ذكره] في الحج[4].

[والإبراء والإعتاق فسخ]

(أو خرج) عطف على قوله: وكذا لو خرج الوكيل الخ فلم يتسلط عليه الخلاف،[أي: وكذا] ينعزل الوكيل لو خرج **(محل التصرف عن ملك الموكل)** لفوات الموكل فيه **(كما إذا باع)** [الموكل] **(العبد الذي وكله في بيعه أو أعتقه)** أو وقف الموكل فيه أو وهبه وأقبضه أو أبرأ من وكل باستيفاء الدين منه، أو تعلق به حق لازم بأن رهنه أو آجره، وكذا لو كانت أمةً فزوّجها على الأصح، أو كان رقيقاً فجنى بما يتعلق برقبته؛ لأنَّ كل ذلك يخرج الموكل فيه عن محل تصرّف الوكيل والوكالة إنما هي للتصرف.

(وإنكار الوكيل الوكالة) حين يُسألُ [عنه] هل أنت وكيل فلان في بيع ماله أو [في] هذا الثوب [مثلًا]؟ فأنكر؛ **(للنسيان أو لغرض في الإخفاء)** بأن كان الراغب مُتغلباً يشتري منه بالغُبن أو كان يطلب مال الموكل ليأخذ منه ظلماً فقال: هذا مال فلان عندك وأنت وكيله

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٨٤٤ - ٨٤٥). وينظر: مغني المحتاج (٢/ ٣٠٠ - ٣٠١).

(٢) ونصه: وفي الجنون الزائل عن قريب وجهٌ بعيدٌ) عجالة المحتاج (٢/ ٨٤٥).

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٣٠٦).

(٤) الوضوح المطبوع، المجلد الثالث.

فيه، فقال: لست وكيله وليس هذا المال ماله **(لا يكون)** ذلك الإنكار **(رداً لها)** أي: للوكالة، أما في صورة النسيان فهو معذور، [فهو] كما لو قيل له هل لك زوجةٌ؟ فقال ناسياً: لا؛ فإنَّه لا تطلق زوجته.

وأما في صورة الإخفاء للغرض؛ فلأن إنكاره من مصالح الموكل فيه لتضمنه دفع الضرر عن الموكل.

(وإن تعمد) الإنكار - [هذا] مقابل النسيان - والأولى أن يقول: "وإن لم يكن ناسياً"؛ لأنَّ التعمد يستعمل في التكلم عن قصد سواء كان المتكلم فيه متذكراً أو منسياً **(ولا غرض له في الإخفاء فهو ردٌّ)**؛ إذ ليس له جهة يصرف إليها، فلم يبق له إلا ردّ الوكالة صرف إليه لصلاحيته لذلك وعدم المانع منه.

وسكت المصنف عن إنكار الموكل الوكالة وهو كإنكار الوكيل بلا فرق، فنسيانه وإخفاؤه لغرض كنسيانه وإخفائه وتَعَمُّدُه كتَعَمُّدِهِ.

ولو قال المصنف و إنكار الوكالة لنسيان ..الخ بغير تقييد بالوكيل كانت العبارة تشملها.

الاختلاف في الوكالة

(فصل: إذا اختلفا في أصل الوكالة) بأن يقول بها أحدهما وينكر الآخر: سواء كان المنكر المالك أو المتصرف: فإن كان المنكرُ مالكاً فغرضه بطلان التصرف بأن قال المتصرف: وكلتني بكذا فأنكر المالك، وإن كان المنكرُ المتصرفَ فغرضُه دفعُ مطالبة الخصم[1] منه، بأن قال المالك: وكلتك في كذا فأنكر **(أو)** اختلفا **(في بعض كيفياتها)** بعد الاتفاق على صحة أصلها **(بأن قال: وكلتني بالبيع نسيئة أو بالشرى بعشرين)** ديناراً **(فقال)** الموكل بل وكلتك **(بالبيع نقداً أو)** وكلتك **(بالشرى بعشرة فالمصدق الموكلُ بيمينه)**؛ لأنَّ الأصل عدم الوكالة في الأول، وعدم الإذن فيما يدعيه الوكيل، ولأنه أعرف بالأذن الصادر عنه.

(وإذا اشترى) الوكيل **(جارية بعشرين)** ديناراً **(و زعم)** أي ادعى وقال الوكيل **(إن الموكل أمره)** بشرى الجارية بعشرين **(وقال)** الموكل **(لم آذن إلا بالشرى بعشرة وحلف)** الموكل

---

(١) في (أ، ب، د) دفع المطالبة للخصم.

وقلنا: أنّه مصدق بيمينه (فإن اشتراها) أي [الوكيل] الجارية (بعين مال الموكل وسمّاه في العقد) بأن قال البائع: بعتها منك، فقال اشتريتها لفلان (أو قال بعد الشرى: اشتريتها لفلان والمال) الذي جعلته ثمناً (له) أي: لفلان (وصدقه البائع فالبيع باطل) في الصورتين:

أما في الأولى؛ فلأنه ثبت بالتسمية أنَّ المال المعقود عليه ليس للعاقد.

وفي الثانية يصدقه البائع ويثبت بيمين الموكل أنّه لم يأذن في التصرف فيه على ما ادعاه الوكيل، فيبطل البيع؛ لجريانه على مال الغير بغير إذنه، فإذا بطل فالجارية للبائع وعليه رَدُّ ما أخذ بزوائده المتصلة والمنفصلة.

(وإن كذَّبه) أي البائعُ الوكيلَ بأن قال: لست وكيلاً في الشرى المذكور بل اشتريت لنفسك: فإن أنكر الوكيل بالتكذيب عن التداعي فذاك، وإن ادعى علمه بالوكالة (حلّف) البائع بتشديد اللام ونصب العين، أو بتخفيفها ورفع العين (على نفي العلم بالوكالة) فيقول: والله لا أعلم أنّك وكيل فلانٍ في [شرى جاريتي] (ووقع الشرى للوكيل) أمّا عدم وقوعه للموَكل؛ فلإقرار الوكيل أنّ المال له وثبت بحلفه أنّه ليس له.

وأما عدم بطلانه فلرعاية حق البائع؛ فإنَّه لا يعترف بما يبطل البيع، وإذا لم يبطل ولا ثالث لهما ولم يقع للموكل وجب أن يقع عن الوكيل، فيسلِّم الثمن المعين إلى البائع، ضرورة وغرم مثله للموكل.

(وإن كان الشرى) أي شرى الجارية (في الذمة ولم يسمّ) الوكيل (الموكل) في العقد لكن نواه بقلبه (فكذلك) يقع الشرى للوكيل ولا اعتبار بنيته (وكذا لو سماه) أي الوكيل الموكل (وكذبه) البائع، بأن قال: أنت مبطل في تسميته (على الأظهر) من الوجهين؛ لأنَّ تسمية الموكل ليس بشرط في العقد فيلغو عند تكذيبه.

والثاني: يبطل العقد لتعارض تسمية الوكيل وتكذيب البائع.

وأجيب بأنّه إذا تعارضا بقي أصل العقد على الصحّة.

(وإن صدقه) البائع (بطل الشرى) لثبوت كون الشرى بغير إذن الموكل بيمينه وقد تصادقا على وقوع العقد له وهو غير واقع له.

وإن كانت المسألة بحالها وسكت البائع عن التصديق والتكذيب فالذي يقتضيه

كلام النووي أنّ الشرى يقع للوكيل[١].

(وحيث يقع الشرى للوكيل) مع قول الوكيل أنّه للموكل **(فيحسن)** أي يستحب **(أن يرفق الحاكم بالموكل)** أي يقول له رفقاً و تأنياً على وجه النُصح والوعظ والرفق التلطف **(ليقول للوكيل إن أَمَرتُكَ بشريها بعشرين فقد بعتُها منك)** بعشرين **(ويقول هو)** أي الوكيل: **(اشتريت)** أي اشتريتها بعشرين؛ **(لتحلّ)** الجارية **(له)** باطِناً كما هي محكومة بالحل ظاهراً، ويسامح بهذا التعليق في البيع على تقدير صدق الوكيل؛ للضرورة، أو لأنه ليس بتعليق حقيقة؛ لأنه بيان لما يعتقده الوكيل على صورة التعليق.

وإن لم يجب الموكل [إلى] ما قاله الحاكم ولم يمتثل مأموره: فإن كان الوكيل كاذباً لم يحل له وطؤها ولا بيعها وإجارتها ولا ساير التصرفات إن وقع الشرى بعين مال الموكل؛ لبطلان الشرى؛ لوقوعه في مال الغير بغير إذنه، وإن كان الشرى في الذمة حلّ وطؤها للوكيل [وساير تصرفاته؛] لوقوع الشرى له ظاهراً وباطناً.

وإن كان الوكيل صادقاً فيما يقول فالجارية تحلُّ للموكل باطناً وعليه للوكيل ثمنها وهو لا يؤدّيه وقد ظفر الوكيل بغير جنس حقّه وهو الجارية فيجوز له بيعها وأخذ الثمن في الثمن على الأصح هكذا قالوا، ويفهم منه أنّه لا تحلُّ للوكيل في هذه الصورة مع جواز بيعها وفيه نظر؛ لأنَّ جواز البيع متفرّع على صيرورة الجارية مِلكاً له، وإلا فهو بيع الفضولي فلا تحل للمنقول إليه أيضاً، بل الحق أنها إذا جُعلت كالمال المظفور به من غير جنس الحق أن تكون حلالاً له إذا لم تزد على قدر الثمن، وإن زادت فيؤدّي قدر الزيادة إلى الموكل ثمّ هي تحلّ له.

(وإذا قال الوكيل أتيت بالتصرف الذي أذنتَ لي فيه) بأن قال بعتُ ما وكلتني في بيعه أو وهبتُهُ أو أعتقته ما وكلتني في هبته أو عتقه **(وأنكر الموكل فالمصدّق الموكل أو الوكيل فيه قولان رجح منهما الأول)** لأنه إقرار على الموكل بزوال الملك عن المال والأصل بقاؤه في ملكه فوَجَبَ أن لا يقبل قوله، ولأنّ الأصل عدم التصرف.

والثاني: يصدق الوكيل؛ لأنَّ الموكل لما ايتمنه في تفويض الأمر إليه فعليه تصديقه.

---

(١) ينظر: المنهاج: (٥٦).

ولو كان الاختلاف بعد العزل فالمصدّق الموكل جزماً، ولا يقبل قول الوكيل إلا [بالبينة].

(**وقول الوكيل في تلف المال**) الموكل فيه (**مقبول مع اليمين**) بلا خلاف؛ لأنه أمين كسائر الأمناءِ [فإن حلف] فلا ضمان عليه، (**وكذا**) قوله مقبول مع اليمين (**في دعوى الردّ**) على الموكل نفسهِ (**على الأظهر**) مِن الوجهين؛ لأنَّ ائتمانه يتضمن تصديقه[1].

والثاني: لا يقبل في الردّ إذا لم تكن الوكالة مجاناً بل كانت بجعل؛ لأنه حينئذ يتصرف فيه متوقعاً لنفعه فهو كالمستعار الذي ينتفع منه، وعلى هذا فلا خلاف في التصديق في الردّ إذا كانت الوكالة مجاناً، والخلاف فيما إذا كانت بجعل.

وعبارته مشعرٌ بتعميم الخلاف وليس كذلك، ويستبعد أن يكون مراده ما أراد الجمهور.

(**ولو ادَّعى**) الوكيل (**الردّ على رسول الموكل و أنكر الرسول**) الردَّ إليه (**فالمصدق الرّسول**)؛ لأنه ليس بأمين في حق الرسول؛ لأنه غيرُ من ائتمنه، فهو كدعوى الردّ على الأجانب (**وليس على الموكل**) أي لا يلزمه وجوباً (**تصديق الوكيل**) فيما يدّعى الردَّ على رسوله (**على الصحيح**) من الوجهين؛ لأنَّ الموكل هو الذي ائتمنه لا رسوله، فلا يلزمه تصديقه في دعوى الردّ على رسوله.

والثاني: يلزمه التصديق كما يلزمه لو كان الدعوى عليه؛ لأنَّ الرسول قائمٌ مقامه في الاسترداد، فَيَدُهُ كَيَدِهِ فهو كالدعوى عليه.

ولو اعترف [الرسول] بالقبض وأدعى التلف في يدِهِ فقيل: مصدق باليمين؛ لأنه أمينه في الاسترداد، وقيل: لا؛ لأنَّ المال إنما وصل إليه من يد غيره، فعلى هذا فليس له الرجوع إلى الوكيل؛ لاعترافه بالقبض منه بل عليه الغرامة.

(**ولو قال**) الوكيل (**قبضت الثمن وتلف في يدي وأنكر الموكل**) قبضه (**فإن كان ذلك**) الاختلاف (**قبل تسليم المبيع فالقول قول الموكل**)؛ لأنه [وإن كان] من الاحتياط على الوكيل في البيع بثمنٍ حالٍ أن لا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن إلا أن الأصل قبل تسليم المبيع عدمُ قبض الثمن، فلا يترك الأصل باحتمال الاحتياط.

---

(١) ينظر: العزيز (١١/ ٧٨)، والمجموع (١٤/ ١٦٥).

وفي وجهٍ: يصدَّق الوكيل؛ بناءً على الاحتياط.

(**وإن كان**) الاختلاف (**بعده**) أي بعد تسليم المبيع (**فالأصح**) من [وجهي أحد الطريقين] (**أن القول قول الوكيل**)؛ حملاً على أنه أتى بما يجب عليه من الاحتياط وهو قبض الثمن قبل تسليم المبيع[1]، والموكل ينسبه إلى الخيانة بترك الاحتياط، ويلزم الضمان والأصل عدم الترك [و] عدم الضمان.

والوجه الثاني في هذه الطريقة: أن القول قول الموكل؛ لأنَّ الأصل بقاء حقه وعدم براءة ذمة المشتري. ورُدّ بأنه معارض بوجوب الاحتياط.

والطريقة الثانية: طرد القولين فيما إذا ادعى الوكيل التصرف وأنكر الموكل.

ومنهم من قطع بالأول من غير جرى الخلاف، فيكون طريقة ثالثة.

(**والوكيل بقضاء الدّين**): بأن دفع إليه مالاً وقال: وكلتُكَ بقضاءِ [دينٍ] لفلانٍ عليَّ (**[إذا قال: " قضيتُه " وأنكر ربُّ الدّين**) القضاءَ بقوله: ما قضى ديني وما وصل إليّ شيءٌ [مما لي] على فلان (**فالقول قوله**) أي قول رَبّ الدين (**[مع يمينه]**)؛ إذ الأصل بقاء الحق وعدم القضاء مع أنّ الوكيل ليس بأمينٍ في حق ربّ الدين فإذا حلف ربّ الدّين وأخذ حقه من الموكل رجع الموكل على الوكيل؛ لأنه مقصر بترك الإشهاد على القضاء.

(**والأصح**) من القولين (**أنّه**) أي الشأن (**لا يقبل قول الوكيل على الموكل**) فيما قال: أنّه قضيت الدين ليذهب ماله [مرتين] بلا سبب (**بل عليه البيّنة**) لأنَّ الموكل أمره بدفع المال إلى مَن لا يأتمنه فكان من الواجب عليه الإشهادُ على القضاء.

والثاني: يقبل قول الوكيل على الموكل؛ لأنه جعله أميناً بدفع المال إليه، والأمين مصدق باليمين.

فعلى الأول: إذا عجز عن البينة فقد ذكرنا أنّ الموكل يرجع عليه بعد أداء الدّين.

وعلى الثاني: إذا حلف سقط مطالبة الموكل عنه فيؤدي [الدين] ويذهب ما دفع إلى الوكيل في البين من تحت الإذن.

(**وكذا قيم اليتيم**) أي من قام بأمره أباً كان أو جداً أو وصياً من جهتهما أو منصوباً من جهة

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٦٤)، و المنهاج (٥٦).

القاضي (**إذا ادّعى**) [القيّم] (**دفع المال إليه**) أي إلى اليتيم (**بعد البلوغ**) [بل] (**يحتاج إلى البينة على الأصح**) من الوجهين؛ لأنه غير من ائتمنه، والأصل عدم الدفع، فلا يزال إلا بحجة قوية.

والثاني: يقبل قوله بيمينه؛ لأنّه أمينٌ شرعاً وإن لم يكن من ايتمنه.

وَألحقَ ابن الملقن الحاكم بالقيِّم، وفي الكفاية خلاف ذلك[1]؛ لأنَّ الأصل في الأحكام إجراء الأحكام على[2] منهج الشرع.

***

ردّ المال الذي بحوزة الوكيل و المودع

(**فصل: ليس للوكيل و المودَع أن يقولاً بعد طلب المالك**) المال الموكل فيه أو المودع (**لا أرُدَ المال إلا بالإشهاد على الأظهر**) من الوجهين؛ لعدم الاحتياج إلى الإشهاد لقبول قولهما باليمين. وعلى هذا لو امتنع من الردّ إلى قيام الشهود وتلف المال ضمن؛ لأنه مقصر في الدفع بعد الطلب.

والثاني: له ذلك دفعاً لليمين عن نفسه. [فعلى هذا] لو تلف المال فيما بين الطلب وقيام الشهود لم يضمن؛ لأنَّ إمتناعه بوجهٍ شرعي.

(**وللغاصب ومَن لا يقبل قوله في الرّدّ**) باليمين كالسارق والقيم والوصي والمستعير و المستام و المستقرض (**ذلك**) أي طلب الإشهاد و التأخير إلى الإقامة لأنَّ قوله غير مقبول في الرّدّ باليمين.

ثم قيل: هذا إنما يكون إذا أخذ أوّلاً بالإشهاد، وإلا فليس له ذلك؛ إذ [لو] أدى وأنكر [المالك] الأداء فيمكنه أن ينكر ويقول: ليس عندي شيء ويحلف عليه، صرح بذلك شُراح الحاوي وشارح الإيجاز وغيرهم لكن قال البغوي: له ذلك سواء عليه

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٨٤٨)،وفي «كفاية النبيه (١٠/ ٢٥)»:«وظاهر المذهب عدم القبول في الجميع، وكذا دعوى كل أمين ادعى الرد على صاحب المال، وهو لم يأتمنه: كالملتقط يدعي الرد على صاحب اللقطة».

(٢) حيث أمر الله تعالى بالإشهاد عند الدفع في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾ (النساء:٦).

بينة عند الأخذ أم لا، واختاره الجلالي، والأول أوفق لكلام العراقيين[1].

(**ولو جاء إنسان**) إلى إنسان (**وقال: وكلني فلان بقبض ما له عندك من العينِ**) مودع أو مستعار أو مستام (**أو**) مَا له (**عليك من دين**) ثمن أو مثمن أو قرض أو بدل إتلاف (**وصدَّقه**) أي: مَن عنده المال القائلَ بالوكالة (**فله دفعه إليه**) بلا بينة؛ لاعترافه باستحقاقه للأخذ منه.

(**والأصح**) من الطريقين قولاً واحداً (**أنّه**) أي الذي عنده المال (**لا يكلف بالدفع**) إلى من يدّعى الوكالة (**إلى أن يُقيم البينةَ على وكالته**)؛ لاحتمال أن ينكر صاحب الحق وكالته، وحينئذٍ لا يقبل قول الوكيل في دعوى الوكالة إلا بالبينة.

والطريق الثاني في المسئلة قولان:

أحدهما منصوص: وهو ما ذكره صاحب الطريق الأول وقطع به.

والثاني مخرج: من مسئلة الوارث الآتية عن قريب أنّه يلزمه الدفع إليه بلا بينة لاعترافه بوكالته.

وإذا دفع إليه بلا بينة جوازاً على الأصح أو وجوباً عند القائل به ثم حضر المالك و أنكر وكالته- ومعلوم أنّ القول قوله مع يمينه -فإذا حلف فإن كان المدفوع عيناً وكانت باقية أخذها ولا كلام.

وإن كانت تالفةً فيغرم من شاء منهما ولا مراجعة بينهما؛ لأنَّ كلاً منهما مظلوم بزعمه والمظلوم لا يرجع إلا على ظالمه إلا إذا تعدى القابض فتلف بتقصيره؛ فإنَّه اذا ضمن لم يرجع على الدافع، وإذا ضمن الدافع رجع إلى القابض؛ لأنه وكيل بزعمه، والوكيل يضمن بالتفريط.

وإن كان المدفوع ديناً فللمالك مطالبة الدافع إلى المديون فقط؛ لأنَّ حقه في ذمته، فإذا غرمه فإن كان المدفوع باقياً عند الوكيل استرده الدافع، وإن كان تالفاً فإن كان بتفريط منه فيغرمه الدافع وليس للمالك مطالبته بكل حال؛ لأنه فضولي بزعم المالك، والمأخوذ ليس حقاً له بل مال الدافع، هذا إذا صدقه صريحاً.

---

(١) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٢٢٧)، والعزيز ط العلمية (٥/ ٢٦٩).

فإن لم يصدقه ودفعه إليه فللمالك تغريم من شاء منهم، فإن غرم الدافع رجع إلى القابض؛ لأنه لم يصدقه في الوكالة وعلى اليد ما أخذت ولا عكس؛ لأنه فضولي.

(**ولو قال**) ذلك الإنسان لمن عليه دين فلان (**أحالني عليك**) لأقبض ماله عليك (**من الدَين**) لي عليه (**وصدقه فالأصح**) من الوجهين (**[أنه] يلزمه الدفع إليه**)؛ لاعترافه بانتقال الدين إليه [فيؤخذ] به كسائر الأقارير. **والثاني**: لا يلزمه الدفع إلا بالبينة خوفاً من أن يُنكر المستحق الحوالة ويقبل قوله باليمين فيأخذ حقه منه فيذهب ماله في البين بلا بدل.

وإن كذَّبه فالذي عليه الجمهور أن له تحليفه على أنه لا يعلم أن المستحق أحاله عليه، فإن نكل وحلف المحتال وجب الدفع على الأصح.

قال المصنف في الشرح الكبير: ولو قال إنسان لمن عنده [مال] عيناً أو ديناً لأحد: أنا وارثه المستغرق [لتركته] وصدقه الذي عنده المال وجب الدفع إليه على الطريق الأصح قولاً واحداً؛ لاعترافه بانتقال المال [إليه].

والطريق الثاني: فيه قولان: **أحدهما**: [على]ما قاله الطريق الأول وهو المنصوص.

والثاني: لا يجب الدفع - وهو المخرج من مسألة الوكيل السابقة- إلا بالبينة على إرثِهِ؛ لاحتمال أن لا يرثه الآن وإن كان وارثاً في نفس الأمر لكون مورِّثه حَيَّاً ويكون ظن [موته] خَطَأً[1].

والله أعلم بالصواب[2].

---

(١) العزيز ط العلمية (٥/ ٢٧٠).

(٢) تم بحمدالله تعالى وتوفيقه التحقيق لكتاب الوكالة والتعليق عليه بالإفادة من تحقيق الشيخ رضا.

وهذه الحصة تنتهي في مخطوطة مكتبة الحاج خالص في أربيل المرقمة (٢٨٣) في اللوحة (٠٠٠٨٨)، وفي (٢٧٢٦) من اللوحة (٧٥و)، وفي (٣١٧٢) في اللوحة (٠٠٤٩٦)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة ٦٥٦من اللوحة (٢٧٩)، وفي مخطوطة مكتبة الخال في اللوحة: (١٥٩)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات في اللوحة (٦٤٥٣)و..

كتاب الإقـرار [1]

وهوالسكون والثبات لغةً، يقال: أقرَّ فلانٌ بالمنـزل، أي: سكن وثبت، واستقر الأمرُ على كذا، أي: ثبت عليه، وسمّيت أيّام التشريق أيّام القرّ؛ لأنّ الحجيج يثبتون فيها ويسكُنون عن سفرهم وحركتهم فيها.

ومنه قولُه في الدعاء: " أقرَّ اللهّ عينه" أي: أعطاه ما يكفيه فسكنت نفسه إليه.

وشرعاً: إخبارٌ[صادرٌ]عن المكلف بثبوت حقٍّ سابق، فتسكن قلب المخبَر له بذلك. والأصل فيه قبل الإجماع الكتاب والسّنّة:

أمّا الكتاب: قال الله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ﴾ - أي: قائلين للحق قائمين به، والقسط: العدل، والأمر للوجوب - ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ﴾ - أي: شاهدين مخلصين لله، وهو إمّا خبرٌ ثانٍ لـ"كونوا"[2]، أو حال من الواو، والمبالغة في الثاني أكثر[3]- ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ﴾[4]

---

(١) يشتمل هذا الجزء على كتاب الإقرار من الوضوح.
وهذه الحصة تبدأ في مخطوطة مكتبة الحاج خالص في أربيل المرقمة (٢٨٣) من اللوحة (٠٠٠٨٨)، وفي (٢٧٢٦) من اللوحة (٧٥ظ)، وفي (٣١٧٢) من اللوحة (٠٠٤٩٦) وفي مخطوطة مكتبة بيارة ٦٥٦ من اللوحة (٢٧٩)، وفي مخطوطة مكتبة الخال من اللوحة (١٥٩)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات في اللوحة (٦٤٥٣)و...

(٢) فإن " كونوا " من الأفعال الناقصة يحتاج إلى خبر منصوب، وقد يتعدد خبره كخبر المبتدأ.

(٣) لأنّ المطلوب في الاحتمال الأوّل القوامة والشهادة، وفي الثاني القوامة في حال الشهادة.

(٤) تمام الآية: سورة النساء الآية: (١٣٥). ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ۚ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ۖ فَلَا تَتَّبِعُواْ ٱلْهَوَىٰٓ أَن تَعْدِلُواْ ۚ وَإِن تَلْوُۥٓاْ أَوْ تُعْرِضُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾

أي: ولو كان شهادتكم لله على ضر انفسكم؛ لأنّ المؤمن لا يبالى باقتراف ضُرٍ عاجلاً لاستجلاب نفع [آجلاً] مع انصرام أحدهما ودوام الآخر.

وفسّرت شهادة المرء على نفسه بالإقرار[١]؛ روي ذلك عن قتادة والكلبى[٢].

قال الماوردى: الإقرار والشهادة متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار؛ فإنهما إخبار بحق، إلا أنّ الشهادة إخبار بحق على غيره، والإقرار إخبار بحق على نفسه[٣].

وأمّا السنة: «**وعن رسول الله ﷺ أنّه قال: قُولُوا الحَقَّ**»-أي: الصدق[٤]؛ فإنّه يستعمل في الأقوال الصادقة كما يستعمل في المذاهب والأديان[٥]، ويقابله الباطل-«**وَلَو عَلَى أَنفُسِكُم**»[٦].

(**يصح الإقرار من مطلق التصرف**) أي: البالغ العاقل الخالى عن أنواع الحجر؛ إذ لا مانعَ، وكل نفس مجبول على أن لا يباشر ما يضرُّه، وقد قال إمامنا الشافعي رحمه الله:

---

(١) تفسير القرطبي (٥/ ٤١٠)، وتفسير النسفي = مدارك التنزيل وحقائق التأويل (١/ ٤٠٤).

(٢) هو محمد بن السائب بن بشر بن عمرو بن الحارث الكلبي، المفسر، الأخباري، نسّابة، راوية، ولد بالكوفة وتوفى فيها سنة (١٤٦) الهجرية، ومن آثاره: تفسير القرآن الكريم. ينظر: سير أعلام النُّبلاء (٥/ ٤٥٢)، وشذرات الذهب (١/ ٢١٧).

(٣) فإن كان الإخبار له على غيره فدعوى، أو لغيره على غيره فشهادة، هذا إن كان خاصاً، فإن اقتضى شرعاً عاماً وكان عن أمر محسوسٍ فرواية، أو عن أمر شرعي فإن كان فيه إلزام فحكم، وإلا ففتوى. ينظر: الحاوى الكبير للماوردى (٧/ ٣).

(٤) الحق في اللغة: هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره. ينظر: التعريفات (٥٥).

(٥) جمع مذهب وهو الطريقة، والمعتقد الذي يذهب إليه، وعند العلماء: مجموعة من الآراء والنظريات العلمية والفلسفية ارتبط بعضها بعضى ارتباطاً يجعلها وحدة منسقة. المعجم الوسيط (٣١٧).

(٦) قال ابن الملقن: حديث: "قولوا" الحق ولو على أنفسكم". غريب ليس في الكتب الستة، وهو في أحاديث عمرو بن السماك من رواية علي ولفظه: "قل الحق ولو على نفسك"، وفي إسناده ضعف، ورواه إبن النّجار عن عليّ، وقال الألبانيُّ: صحيح[.] قال ابن الرفعة في المطلب: ليس فيه إلا الانقطاع إلا أنّه تقوى بالآية، قال ابن حجر: وفي ما قال نظرٌ؛ لأنّ في إسناده الحسين بن زيد بن علي، وقد ضعّفه ابن المدينى وغيره، روى أحمد، والطبراني، وابن حبان في صحيحه من حديث عبدالله بن الصامت عن أبي ذرٍ بلفظ: وأوصانى أن أقول الحق وإن كان مُرّاً. ينظر: خلاصة البدر المنير (٢/ ٩٦)، رقم (١٦١٢)- والتلخيص الحبير (٣/ ٥٢)، رقم (١٢٦٥)، و ط قرطبة (٣/ ١١٥)، رقم (١٢٨٢)، وصحيح الجامع الصغير (٢/ ٧٠٤)، رقم (٣٧٦٩) لمحمد ناصرالدين الألباني بإشراف زهير الشاويش - المكتب الإسلامي ط/ الثالثة (١٤٠٨ ه-١٩٨٨م).

الأصـل الـذي بنـي عليـه الإقـرار أن ألـزم اليقـين[١] وأطـرَحَ الشـك ولا أسـتَعمِلَ الغلبـة، وأراد باليقـين الظـنّ القـويّ[٢]، وهـو حاصـل بإقـرار مطلـق التـصرف.

(**وأمّا المحجـورون**) عليهـم -تقـدم ذكرهـم في كتـاب الحجـر- (**فأقاريـرُ الصبيّ والمجنون لاغيـة**) أي: لا يتعلـق بهـا حكـم[٣]؛ لأنّها لا تصـدر عـن رويّـة، فـلا تُفيـد الظـن القـويَّ وهـي بمعـزل عن اليقـين[٤].

ويقاس عليهما المغشىُّ عليه بالمرض وغيره.

ولـوْ أقرَّ بعـد بلوغـه رشـيداً بإتـلاف مـال في الصبـا لزمـه ذلـك؛ لصـدور الإقـرار في حـال الكمال.

ولـو كان ذلـك عـن المجنـون بعـد الإفاقـة بإتـلاف مـال في جنونـه لم يلزمـه؛ لأنّ عمـد الصبـي عمـدٌ، بخـلاف عمـد المجنـون.

(**ولـو ادّعـى البلـوغ بالاحتـلام**) أي: بخـروج المنـي عـلى [أيّ وجـهٍ] كان في نـومٍ، أو بجـماع أو غيرهـا (**في وقـت الإمـكان وهـو**) استكمال تسـع سـنين قمريـة كـما مـر في الحجـر (**صـدِّق ولم يُحلَّـف**)؛ لأنّـه إمّـا صـادقٌ أو كـاذب، فـإن كان صـادقـاً فـلا حاجـة إلى اليمـين، وإن كان كاذبـاً فيمينـه غـيرُ معتـدٍّ بـه؛ لأنّـه صبـيٌّ.

قـال المصنـف ناقـلاً عـن الإمـام: إنّ هـذه المسـئلة قريبـة من[الدائـرات] الفقهيـة؛ لأنّ ثبـوت بلوغـه موقـوفٌ عـلى صحـة يمينـه، وصحـةُ يمينـه موقـوفٌ عـلى بلوغـه، وكـذا

---

(١) اليقـين في اللغـة: العلـم الـذي لا شـك معـه، وفي الاصطـلاح: اعتقـاد الشـيء بأنّه كذا مـع اعتقاد أنّـه لا يمكن إلا كـذا، مطابقـاً للواقـع غير ممكن الـزوال. ينظر: التعريفـات (١٤٢).

(٢) الشـك: هـو الـتردد بـين النقيضـين بلاترجيـح لأحدهمـا عـلى الآخـر عنـد الشـاك، فإذا ترجـح أحدهما على الآخر فهـو ظـن، فـإذا طرحـه فهـو غـالـب الظـن، وهـو بمنزلـة اليقـين. ينظـر: المصـدر نفسـه (٧٤) والبحـر المحيـط للزركـشي (١/ ٧٩).

(٣) الحكـم بالضـم في اللغـة: القضـاء جمعه: أحـكام، والحُكم أيضاً: الحكمة من العلـم.وفي اصطلاح علماء الشرع هو: الخطـاب المتعلّق بأفعـال المكلفـين بالاقتضـاء أو التخيـير أو الوضـع.ينظـر: البحـر المحيـط في أصـول الفقـه (٥/ ١١٧)، وإرشـاد الفحـول (١/ ٢٥).

(٤) وهـذا عنـد الشـافعية وغيرهـم، وقـال أبـو حنيفـة: إذا كان المصلّي مميزاً صح إقراره إذا أذن الـولي له بالبيع والشراء، فيصـح إقراره له. ينظر: المجموع (٧/ ٢٣٧)، ورد المحتار (٨/ ٣٥٣).

دعوى الأنثى بلوغَها بالحيض في زمن الإمكان[١].

واعترض بعض الشارحين[٢] بأنّ هذا ليس من الإقرار الصادر من الصبيّ؛ لأنّه إذا قال: "أنا بالغ بالاحتلام" حكم ببلوغه سابقاً على قوله، فلا يكون إقرارُه إقرارَ الصبيِّ، فلا يحتاج إلى ذلك الاستدراك [٣].

واعتُذر عنه: بأنّه أتى به؛ ليترتَّب عليه قولُه: **(وفي دعواه)** أي: دعوى الصبيّ البلوغ **(بالسن يطالب بالبينة)** بأن قال: "تمّ لي خمسة عشر سنة قمرية"؛ لإمكان اطلاع الشهود على السنين؛ فيمكنه إقامة البينة.

ولو أقام البينة على كتابة تأريخية عن خط أبيه أو جده، فإن كان موثوقاً به مشهوراً بكتابة تواريخ الفروع سمعت؛ لإفادتها الظن القويَّ بصدقه، وهو كافٍ في أبواب العلم، وإن لم يكن موثوقاً به؛ لكونه فاسقاً أو مختل النظر[٤] فلا تسمع.

(والسفيه والمفلس مرّ حكم إقرارهما) في باب الحجر والتفليس فلا نعيده؛ حذراً عن الإطالة، إلا أنّه لم يسبق حكم إقرار السفيه بالنكاح، وجزم المصنف في الشرح بالمنع؛ لتعذر الإنشاء منه إلا بإذن الوليّ[٥].

وأجازوا إقراره بالطلاق؛ إذ يمكن منه إنشاؤه، وقال البغوى: صحّ إقراره بالنكاح كالمرأة؛ بجامع أنّها تحتاج إلى الولىّ في النكاح ويشتركان في تعذّر الإنشاء[٦].

(والرقيق يقبل إقراره بما يوجب عقوبة)[٧] كالقتل وقطع الطريق[٨] والزنا وشرب

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٢٧٥).

(٢) منهم الخطيب الشربينى والشيخ محمد الرملى. ينظر: المغنى (٣/ ٢٦٩)، والنهاية (٥/ ٦٦).

(٣) الاستدراك: رفع توهم يتولد من كلام سابقٍ. ينظر: التعريفات (١٧).

(٤) أي: نظره إلى الأشياء وإلى مصالحه ومصالح أولاده، فالنظر هنا بمعنى الفكر والعقل.

(٥) ينظر: العزيز (٥/ ٧٧).

(٦) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٥/ ٢٦٧).

(٧) وهذا رأى الشافعية وغيرهم، وقال الإمام أحمد: لا يقبل إقراره على نفسه بالعقوبات؛ لأنّه ملك السيد والإقرار في ملك الغير لا يقبل. ينظر: العزيز (٥/ ٢٧٧)، والمغنى لابن قدامة (٦/ ٥٣٨).

(٨) وقطع الطريق: هو البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرعابٍ مكابرة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث. ينظر: القاموس المحيط (٦٧٧)، والمعجم الوسيط (٧٤٦).

الخمر والسرقة؛ لأنّه غير متهم بذلك؛ إذ كل نفس مجبولة على التحرز عن الآلام وما يقطع الحياة.

وإذا صح إقراره بالسرقة فالأصحّ أنّه يضمن مال السرقة تالفاً كان أو باقياً في يد السيّد إذا لم يصدقه فيها، فإن صدَّقه تعلق برقبته، وقيل يتعلق برقبته مطلقاً.

(ولو أقرَّ) الرقيقُ (بدين جناية)[1] لا توجب (عقوبة) كجناية الخطأ[2] أو إتلاف المال وكذّبه السيد في ذلك الإقرار (لم يتعلق) ذلك الدين (برقبته) ليباع فيه؛ إذ لا دخل لسيده فيه ولا يصدِّقه فلا يفوت عليه مال بلا سبب.

(ولكن يتعلق بذمته حتى يتبع) الرقيق (به) أي: بذلك الدين، أي: يطلب منه (بعد العتق)؛ لأنّه عاقل أقرَّ بحق فوجب أن يغرم في الحال لكنه منَعه من ذلك حق السيد، فإذا زال المانع وجب أداؤه؛ تداركاً لما كان عليه لولا المانع.

(وإن صدّقه السيد) أو أقام الخصم عليه بيّنة (فيتعلق برقبته) يباع فيه فإن زاد من ثمنه على الواجب دُفع إلى سيده، وإن نقص ثمنه عن الواجب فلا شيء عليه ولا يتبع العبد بما نقص بعد العتق.

وإن اختار السيد فداءه[3] يفديه بأقلِّ الأمرين من قيمته وقدر الدين.

وعن المزني: أنّه لا يقبل إقرار الرقيق بما يوجب[4] العقوبة حتى يصدِّقه السيد؛ لأنّ العبد ملكُ السيد فإقراره على نفسه إقرار على ملك الغير فلا يُقبل.

---

(١) الجناية لغةً: إذناب ذنب يؤاخذ به، وقد استعملها الفقهاء في الجرح والقطع، فقد عرفها الشافعية بأنها: كل فعلٍ عدوانٍ على الأبدان بالشيء الذي يوجب قصاصاً أو حدّاً أو تعزيراً، وعرفه غيرهم بما يفيد ذلك. ينظر: المصباح المنير (٧١)، ومختار الصحاح (١١٤)، وردّ المحتار (٥/ ٣٥٠)، وشرح الخرشي (٨/ ٣).

(٢) الخطأ في اللغة: ضد الصواب، وفي الاصطلاح: هو ماليس للإنسان فيه قصد. ينظر: المصباح: (١٠٧)، والتعريفات: (٦٠).

(٣) والفداء: قيمة كل شيء. تصحيح الفصيح وشرحه (٣٣٦)، فالمعنى أعطى السيد قيمته أو قدر الدين للمجني عليه.

(٤) ينظر: مختصر المزني بهامش كتاب الأمّ (٢/ ١٦) ط: ١٣٨٨هـ -١٩٦٨م)، والحاوي الكبير (٥/ ٣٧٢).

وردَّ بما روى البيهقي: «**أنَّ علياً قَطَع يد عبدٍ بإقراره**»[(١)] مع إنكار السيد عند محضر الصحابة، فكان إجماعاً.

(ولو أقرَّ الرقيقُ بدين معاملة[(٢)] **لم يقبل على السيد إن لم يكن مأذوناً له في التجارة)** بل يتعلق المقرُّ به بذمته، فيطالَب به بعد العتق سواء صدَّقه السيد أو كذَّبه.

(ويقبل) في حق السيد **(إن كان مأذوناً له في التجارة)** إن كان المقربه مما يتعلق بالتجارة دون ما لا يتعلق كالقرض فلا يقبل على السيد **(ويؤدَّى)** ما يقبل عليه **(من كسبه)** الخاص والعام **(وما في يده)** من مال التجارة ربحاً وأصلاً.

ولو عزله السيد وصار محجوداً ثم أقرَّ بدين معاملة أضافه إلى ما قبل الإذن لم تقبل إضافته بل يتعلق بذمته على الأصحّ؛ لعدم قدرته على إنشائه، وفي حال الإذن لو أقرَّ بدين ولم يقل: "عن معاملة" لم ينزل على دين المعاملة، ولذا قيد المصنف الدين بدين المعاملة.

الإقرار في مرض الموت، والإقرار للوارث

(والمريض في مرض الموت يقبل إقراره) للأجانب والورثة[(٣)] ولا يحسب من الثلث حتى لو أقرَّ بجميع ماله صح؛ لأنّه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكذوب ويتوب فيها العاصي، فالظاهر أنّه لا يقر إلا على التحقيق، سواء كان المقربه دينا أو عيناً أو نكاحاً، وسواء كان الوارث المقرُّ له حائزاً أم لا.

ولما كان في إقراره للوارث خلاف استدركه بقوله **(لكن لو أقرَّ لوارثه ففيه قولٌ أنّه**

---

(١) قال ابن الملقن: غريب، أي: لم أجد له مصدراً. ينظر خلاصة البدر المنير (٢/ ٦٦)، رقم (١٢٩)، وقال في البدر المنير: وهذا لا يحضرني من خرّجه عنه نعم روى الشافعيُّ عن مالك عن نافع: «**أنّ ابن عمر قطع عبداً سرق**». البدر المنير (٦/ ٧٤٤).

(٢) وهو ما وجب برضاء مستحقه كما أن دين الجناية هو ما وجب بغير رضاء مستحقه. ينظر: تحفة المحتاج (٧/ ١٣٩).

(٣) وهذا ما ذهب إليه الإمام الشافعي رحمه الله وأصحابه، وأمّا ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة رحمهم الله فهو عندهم لا يقبل ولا يصح إقرار المريض لورثته. ينظر: رد المحتار (٥/ ٦١٠)، وبلغة السالك (٣/ ٤٠٩)، والمغنى لابن قدامة (٦/ ٦٢٠).

لا يقبـل)؛ لأنّ الورثـة يتفاوتـون في الإحسـان والإسـاءة عليـه فربـما يُتَّهـم بحرمـان المسيء، وكثـيراً مـا يقـع مثـل ذلـك[١]. **وهـذا القـول مـن طريقـين:**

أحدهما: القطع بالأول، وهو استواء الوارثِ والأجنبيِّ في ذلك[٢].

والثاني: طرد القولين، والأصحُّ يوافق الأوّل[٣].

وإذا قلنا بالقول المرجوح[٤] فالاعتبار بكونه وارثاً بحال الموت على الأصحّ[٥].

وفي قـولٍ فيـه الاعتبـار بحـال الإقـرار، وعـلى هـذا فلـو أقـرَّ لزوجتـه ثـم أبانهـا ومـات لم يعمـل باقـراره، ولـو أقـرَّ لأجنبيـة ثـم تزوجهـا ومـات عمـل باقـراره[٦]. وعـلى الأصـحّ فيـه الأمـرُ بالعكـس[٧].

(ولـو أقـرَّ لإنسـانٍ في صحتـه بديـن ولآخـر في مرضـه بديـن لم يقـدم الأوّل) بـل يتسـاويان، فـإن وفـت التركةُ[٨] بهـا فـذاك، وإلا وزِّعـت عليهـما بحسـب التفـاوت؛ لأنّ تقـدُّم الإقـرار بشـيء لا يوجـب تقـدُّم ثبوتـه[٩].

(وأشـبهُ الوجهـين أن الحكـم كذلـك) أي: لا يقـدَّم أحدُهمـا عـلى الآخـر **(في مـا لـو أقـرَّ في صحتـه أو مرضـه بديـن وأقـرَّ وارثـه)** بعـد موتـه لآخـر **(بديـنٍ آخـر)**؛ إذ الـوارث قائـمٌ مقـام الميـت، فإقـرارُه كإقـراره[١٠].

---

(١) وهذا القول هو الذي قالت به الأئمة الثلاثة الآخرون غير الإمام الشافعي.

(٢) و به قال الحسن البصريّ وعمر بن العزيز وأبو عبيد وابو ثور رحمهم الله. ينظر: المجموع (٢٣/ ٢٤٠).

(٣) وهذا هو الطريق الثاني الذي قال بمنع الإقرار قطعاً لأنّه عاجز عن انشائه. ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٣٥٣-٣٥٤).

(٤) فالقول المرجوح هو منع القبول في إقرار المريض للوارث. ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٣٥٣-٣٥٤).

(٥) وهذا هو القول الأظهر، وهو القول الجديد للإمام الشافعي رحمه الله تعالى. الروضة (٤/ ٣٥٣-٣٥٤).

(٦) والعكس في اصطلاح الفقهاء: عبارة عن تعليق نقيض الحكم المذكور بنقيض علّته المذكورة، رداً إلى أصل آخر، كقولنا: ما يلـزم بالنـذر يلـزم بالشروع كالحج وعكسُـهُ، أي: مالم يلـزم بالنذر لم يلـزم بالشروع، فيكون العكس على هـذا ضـدّ الطرد، وهو التلازم في الانتفاء بمعنى: كلما لم يصدق الحد لم يصدق المحدود. ينظر: التعريفات (٨٧).

(٧) أي: ففي الأولى يعمل بإقراره وفي الثانية لا يعمل بإقراره، علماً أن هذا القول هو الأصحّ من القولين.

(٨) "التَّرِكَةِ": مَا يَتْرُكُهُ المَيِّتُ لِلوَارِثِ، النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب (١/ ٢٦٨).

(٩) وهـذا عنـد الشـافعية، وقـال أبـو حنيفـة ﷺ: يقـدم مـا أقـرّ بـه في الصحـة حتـى لـو لم يفضل عنـه شـيء فلا شـيء لـه. ينظر: العزيـز (٥/ ٢٨٢)، ورد المحتـار عـلى الدر المختـار (٨/ ٣٨١).

(١٠) ينظر: العزيز (٥/ ٢٨٢)، روضة الطالبين (٤/ ٣٥٤).

والثاني: يقدم ما أقرَّ به الميتُ؛ لأنّ ما أقرَّ به يتعلق بالتركة بعد الموت، فليس للوارث صرفه عنها، واختاره العبدريّ[١].

ولو أقرَّ بعين لإنسانٍ وأقرَّ لآخر بدين مستغرق للتركة يقدَّم الإقرار بالعين؛ لأنّ للدين مجالاً في الذمة دون العَين.

***

حكم تعذيب شخص ليقرّ

(**ولا يصح إقرار المكره على الإقرار**) كما لا يصحُّ طلاقه وسائرُ تصرفاته.

وصورة الإكراه: أن يضربه أو يهدِّده بمخوفٍ ليقرَّ، أمّا لو ضربه[ليصدُقه] فقد نقل النووي عن القاضي حسين: أنّه يصح إقراره، ثم استشكله وقال: أنّه قريب من الاكراه، - ثم قال ما حاصلُه: أنّه ليس كالإكراه؛ لأنّ الاكراه إنّما يكون على شيء واحد معين، -وهنا إنّما ضرب ليصدُقه، وصدقُه لا ينحصر في ذلك الإقرار، فلو لم يكن صادقاً فيه لانحرف إلى شيءٍ آخر[٢].

ونقل العراقي[٣]عن الشافعي ﵀ أنّه قال: " لو أكره أحد على شيء فأقرّ به مكرهاً ثم استعيد منه الإقرار فأقرّ ثانياً صحَّ بلا خلاف إذا لم يبق خوفُه ولم يَحدث خوفٌ آخر، فإن بقي أو حدث خوفٌ فإقراره الثاني ساقطٌ أيضاً[٤].

***

---

(١) وهو الوجه الثاني الغير الأصحّ؛ لأنّ الأصحّ هو الوجه الأوَّل كما ذكره النووي في الروضة (٤/ ٣٥٤).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ١٠).

(٣) هو عبد الكريم بن علي بن عمر، الانصاري، العراقي، الشافعي، الضرير، علم الدين، فقيه، اصولي مفسر، أديب، له المصنفات الكثيرة ومن آثاره: (شرح التنبيه للشيرازي)، و(الانتصار للزمخشري من ابن المنير)، وتوفي ﵀ في سنة أربع وسبعمأة من الهجرة. ينظر: معجم المؤلفين (٥/ ٣١٩)، وهدية العارفين (١/ ٦١٠)، وكشف الظنون (٢/ ١٤٧٧).

(٤) الأم (٤/ ٢٢٢).

الركن الثاني: المقَرُّ له

(**فصل**: يشترط في المقَرِّ له أهلية[1] استحقاق المقرَّبه تمليكاً[وتملُّكاً]؛ لأنّ ابتناء الإقرار على اليقين وطرح الشك، وذلك إنّما يكون في الممكن شرعاً أو عقلاً (**فلو قال: " لهذه الدابة عليَّ كذا " فهو**) أي: إقراره (**لغوٌ**) لا يتعلق به حكمٌ؛ لعدم أهلية استحقاقها تمليكاً وتملكاً، فيعرض معرض الاستهزاء والسخرية.

وفي معنى الدابة الدار والشجر والأرض والباغ.

(**ولو قال: " لهذه الدابة [بسببها] لمالكها عليَّ كذا " لزمه ما أقرَّ به لمالكها**)؛ لإمكان ذلك بالاكتراء والجناية عليها ووجوب الأجرة بغصبها مدَّةً، وغير ذلك.

(**ولو قال: " لحمل فلانة عليَّ كذا بإرثٍ أو وصيةٍ "**) أي: بإرثٍ[2] من أبيه أو وصيةٍ له من فلان -وهذه جهةٌ صحيحة تفرض في حقه- (**لزمه**) ما أقرَّ به لأنّ ذلك ممكنٌ فلا يجعل الإقرار به لغواً.

وروى البويطى عن الأم: أن الخصم في ذلك وليُّ الحمل[3].

ويُشترط أن يكون الحاملُ معينةً؛ لأنّ إبهام المقَرّ له من مُلغيات الأقارير.

وقوله: " فلانة " كناية عن العَلَم[4] كما هو مرويٌّ عن الزجاج[5]، فلا يرد ما قيل: ولو قال: " [لهندٍ] "-معينةً كما قال النوويُّ - لكان أولى[6].

---

(١) الأهلية عبارةٌ عن صلاحيةٍ لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه. القاموس (٨٦٧).

(٢) وَرِث فلاناً المال، ومنه، وعنه - يرثه وَرثا، وإرثاً، و وِراثة: صار اليه ماله بعد موته. المعجم الوسيط (٢/ ١٠٢٤).

(٣) ينظر موسوعة الإمام الشافعي كتاب الأمّ تحقيق: احمد عبيدو عناية (٤/ ٢٢٦).

(٤) العَلَم مصطلح نحوي: هو ما وضعه الواضع لشخصٍ معّين بوضع واحَد. ينظر شرح ابن عقيل (١/ ٦٠).

(٥) هو ابراهيم بن السرى بن سهل، أبو إسحاق الزجاج، عالم النحو واللغة كان في فتوته يَخرط الزُجاج، مال إلى النحو فعلّمه المبرد، له التصانيف الكثيرة، ومن آثاره: (معاني القرآن) و (الاشتقاق) و (الأماليّ) في الأدب واللغة، توفي رحمه الله في سنة أحدى عشرة وثلاثمائة (٣١١هـ).ينظر: سير أعلام النبلاء (٩/ ٥٣٨)، ومعجم المؤلفين (١/ ٣٣)، وشذرات الذهب (٢/ ٢٥٩).

(٦) الذي وجدته من قول النووي هو ما في المنهاج (١٣٩): " ولو قال لحمل هند كذا بإرث أو وصية لزمه ".

وإن أسند الإقرار إلى جهة (**لا يفرض لحقه**)[١] كما قال: أقرضني كذا، أو بأعني شيئاً وبقي عليّ ثمنه، أو غصبت منه (**فهو لغو**) أي: إقراره لغوٌ؛ لابتنائه[على]أمر محالٍ،[٢] وفي ذلك ثلاث طرق:

أحدها: الجزم بالبطلان، وهو الَذي اختاره المصنف في الكتاب.

والطريق الثاني: أنّ الإقرار صحيح،والإسناد لغوٌ قولاً واحداً، إلا أنّه غير معقول فكأنه غير مقول.

والطريق الثالث: فيه قولان في تعقيب الإقرار بما يرفعه[٣].

والطريق الثاني مختار المصنف في الشرحين، والطريق الأوّل مختار النووى، واستدلَّ بقطع المحرر به[٤].

وصاحبُ الأنوار[لمّا لاحظ]تصحيحَ المصنف في الشرحين زَعَمَ أن الضمير في " فهو لغوٌ" راجعٌ إلى الإسناد دون الإقرار ليوافق تصحيح المحرر والشرحين، ونسب قولَ النووى إلى الوهم حيث قال: " الأصحّ البطلان وبه قطع في المحرر"[٥]، وليس كما زعم رحمه الله؛ لأنّ قول المحرر: " وإن أطلق فقولان " ينافى ما قاله صاحب الأنوار؛ لأنّ من أجلى[البديهيات]بطلاناً أن يكون الأسوأُ مقطوعاً به والأهونُ مختلفاً فيه، مع لزوم تفكيك السياق بين قوله: " فهو لغو" وقوله: " فقولان ". تدبر. انتهى.

(**وإن أطلق**) الإقرار: بأن قال: " لحمل فلانة عليَّ كذا " ولم يُسنده إلى جهةٍ محالٍ أو ممكنةٍ (**فقولان**) أي: ففى صحة الإقرار قولان: (**أصحُّهما الصحة**)؛ حملاً على الجهة الممكنة في حقه وإن كانت نادرة؛ إبقاءً لمقتضى الإقرار على حسب الإمكان[٦].

---

(١) أي: ذكر من سبب الاستحقاق ما لا يتصور في حق المقرّ له.

(٢) المحال في اللغة: الباطل غير الممكن الوقوع. ينظر: المصباح المنير (٩٧)، والتعريفات (١١٣).

(٣) والأصحُّ في هذا الحال البطلان. ينظر: العزيز (٥/ ٢٨٦).

(٤) أي: في كتابه روضة الطالبين (٤/ ٣٥٧).

(٥) حيث قال في الأنوار: وأسند: أي: صاحب الروضة، الفساد إلى المحرر وهو وهمٌ بل معنى لفظ المحرر: أن الإسناد إلى جهة لا تفرض في حقه لغو والإقرار صحيح، والضمير عائد إلى الإسناد دون الإقرار. ينظر: الأنوار (١/ ٣٢١) ط: (١٣١٧هـ).

(٦) ينظر: الوسيط (٣/ ٣٢٣)، والمغني (٣/ ٢٧٤)، والنهاية (٥/ ٧٤)، وردُّ المحتار (٨/ ٣٦٦).

والثـاني: البطـلان؛ لأنّ الغالـب في الملتزمـات إنّـما هـي في المعامـلات، وهـي منـه متعـذرة، ولا ضرورة في الحمـل عـلى النـادرة.

وحيـث يقـال بالصحـة للحمـل فهـو إنّـما يسـتحق إذا انفصـل حيـاً لـدون سـتة أشـهر أو لـدون أربـع سـنين إذا كانـت أمهـا غـير فـراش، ثـم إن كان الاسـتحقاق بـإرثٍ مـن الأب وهـو ذكـر فلـه الـكل، أو أنثـى فالنصـف، أو بوصيـة فالـكلُّ، ذكـراً أو أُنثـى.

(وإذا كـذب المقَـرُّ لـه المقِـرَّ) فقـال: " هـو كاذب في إقـراره بهـذا المـال "، أو قـال: ليـس المقـرُّ بـه مـالي " **(تـرك المـال)** المقَـرُّ بـه **(في يـده)** أي: يـدِ المقِـرّ **(عـلى الأظهـر)** مـن الوجهـين؛ لأنّ الإقـرار سـاقطٌ بمعارضـة الإنـكار، وبقـي شـعور يـده بالملـك ظاهـراً سـالماً عـن المعارضـة[1].

والثاني: يعمل بمقتضى الإقرار؛ لاحتمال أن يكون المقَرُّ له ناسياً في تكذيبه أو غالطاً[2].

وعلى هذا فينتزع منه القاضي ويحفظه إلى ظهور المالك[3].

(ولـو رجـع المقِـرُّ) عـما أَقـرَّ بـه **(في حـال تكذيبـه)** أي: تكذيـب المقَـرّ لـه إيّـاه **(فقـال: غلطـت)** في إقـراري، أو: تعمـدت الكـذب؛ امتحانـاً لديانتـه **(فأرجـحُ القولـين أنّـه يقبـل رجوعُـه)**؛ لأنّ إنـكار المقَـر لـه يـدلُّ عـلى صدقـه في الرجـوع[4].

والثاني: لا يقبل؛ لاحتمال الندامة في إقراره، وجعل إنكار المقر له[تعلُّلاً]في ذلك[5].

وقيـل: يبنـى القـول الأوّل عـلى أن المـال يـترك في يـده، ويبنـى الثـاني عـلى أن الحاكـم ينتـزع منـه[6]، فعـلى هـذا فالقـولان مخرَّجـان.

وإن رجـع المقَـر لـه عـن التكذيـب وصدَّق المقِـرَّ فلا يعطى إلا بإقـرار جديـد إن قلنا بالأول.

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٢٨٨).

(٢) الغلط في اللغة: فقدان وجه الصواب، والنسيان في اللغة: كثرة الغفلة، أو فقد الذاكرة، وفي الاصطلاح: الغفلة عن معلوم في غير حالة السنة. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٥٨)، و (٢/ ٩٢٠).

(٣) ينظر: المجموع (٢٣/ ٢٥١).

(٤) وهو كلام الأكثرين ويعزى إلى ابن سريج بناءً على ان المال يترك في يده. ينظر: العزيز (٥/ ٢٨٩).

(٥) تعلل: قدم المعاذير أو الحجج. تكملة المعاجم العربية: رينهارت بيتر آن دُوزِي (المتوفى: ١٣٠٠هـ)، نقله إلى العربية وعلق عليه: جـ ١ – ٨: محمَّد سَليم النعَيمي، جـ ٩، ١٠: جمال الخياط- الطبعة الأولى، من (١٩٧٩ - ٢٠٠٠ م) -وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية (٧/ ٢٧٦)، وفي (٣١٧٢): " تعليلاً.

(٦) ينظر: العزيز (٥/ ٢٨٩).

وإن قلنا بالثاني يعطى بلا إقرار جديد، ولا تُسمع بيّنته على أنّه ملكه.

تتمةٌ: الإقرار للطفل كالإقرار للحمل، والإقرار للمجنون كالإقرار للعاقل، فلا حاجة إلى بيان السبب.

***

الركن الثالث للإقرار: الصيغة

(**فصل**) في بيان صيغة الإقرار ومدلولاتها (**قولُ القائل: " عليَّ كذا لفلان " صيغة إقرارٍ**)؛ لدلالتها على الالتزام والملك، بخلاف ما لو لم يقل: " عليَّ " أو: شبهه؛ فإنّه لا يكون إقراراً إلا بتعيين المقَرّ به (**وقوله: " عليَّ " و " في ذمتي " للدين**) أي: يكون إقراراً بالدَّين؛ لأنّ الأعيان لا تُتصور في الذمة، والألفاظ تُحمل على العرف فيها.

وقوله: "عليَّ وفي ذمّتي" من قبيل التعداد، فكأنّه قال: "قوله عليَّ وقوله: في ذمتي للدين"، فلا يرد ما يقال: الأوّلى أن يعبر ب «أو»؛ لأنّ الواو يوهم أنّ اجتماع اللفظين مرادٌ[1].

(**وعندي ومعي للعين**)؛ لأنّهما يصلحان لظرف الأعيان ومحل الديون الذمة لا الأمكنة، حتى لو ادّعى أن المقَرَّ به كانت وديعة وتلفت عنده بلا تقصيرٍ أو ردّها يقبل قوله مع يمينه، ذكره صاحب التهذيب، ونقل عنه النوويُّ وأقرّه[2]، وفي ما يصلح للدين لا تقبل دعوى الوديعة والردّ والتلف، هكذا أطلقوا.

وقد فصّل بعضهم وقال: لو ادّعى الردَّ والتلف: فإن كان ذلك في العين قُبل مطلقاً سواء وصل أو فصل، وإن كان في الدين قُبل إن وصل، وإن فصل فإن ادعى الرد والتلف قبل الإقرار لم يقبل ولزمه الضمان؛ لأنّه إذا كان تالفاً أو مردوداً قبل الإقرار فلِمَ أقرَّ به؟ وإن ادعى أنّه ردّه أو تلف بعد الإقرار قُبِل قوله بيمينه، هكذا قال السبكي، وتبعه بعضهم، والأولى أن يقال: قبل دعواه ثم يعمل[بمقتضى]الشرع.

---

(١) وقائله الخطيب الشربيني. ينظر: مغني المحتاج (٣/ ٢٧٧).

(٢) ينظر: التهذيب (٤/ ٢٥١)، وروضة الطالبين (٤/ ٢١).

(ولـو قـال لغـيره: " لي عليك ألـف " فقـال) الغـيرُ في جوابـه: **(زن أو خـذ أو زنـه أو خـذه أو اختـم عليـه أو اجعلـه في كيسـك)** أو : شـده في[الهميـان]**(لم يكـن)** ذلـك الجواب **(إقـراراً)**؛ لأنّ ابتنـاء الإقـرار عـلى مـا قالـه الشـافعي ﷺ عـلى اليقـين أو الظـن القـويِّ، وهـذه الألفـاظ تذكـر في معـرض الاسـتهزاء فـلا تكـون أيضـاً في الإقـرار ولا راجحـاً فيـه.

وقيـل: الأربعـة الأخـيرة للإقـرار، ونقـل عـن الزبيريّ[أبي]عبدالله: أنَّ خـذه و زنـه بذكـر المفعـول إقـرارٌ، وبدونـه فـلا، والفـرق: التنصيـص عـلى المقَـرِّ بـه في الأوّل دون الثـاني، واسـتغربه صاحـب النجـم[١].

(ولـو قـال) في جـواب قولـه: " لي عليك ألـف": **(بلى أو نعم أو صدقـت أو أبرأتنـى عنـه)** أي: عـن الألـف، أو: **(قضيتـه، أو : " أنـا مقرٌّ بـه " فهـو)** أي: قولـه- الضمـير لمصـدر قـال[٢] - **(إقـرارٌ)** بالألـف في جميـع الألفـاظ؛ لدلالـة الألفـاظ عليـه بـلا تأويـل[٣].

ثم في صورة الإبراء والقضاء يطالب بالبينة، فإن عجز غرم بلا تحليف المقرّ له.

وللمصنـف في قولـه: " **أنـا مقِـرٌ** بـه " بحـثٌ،[٤] وهـو: أنّـه يجـوز أن يكـون المـراد: " أنـا مقـرٌّ بـه **لغـيره** "، فـلا بـدَّ أن يضـم إليـه: " لـك " فيقـول: " أنـا مقـرٌّ بـه لـك "، وصاحـب الروضـة لم يلتفـت إليـه؛ لدلالـة قرينةالحـال[٥] عليـه.

(بخـلاف مـا لـو لم يقـل: " بـه ") أي: لفـظ: " بـه "، بـل " أنـا مقـرٌّ " فقـط **(أو قـال: أنـا أُقِرُّبـه)** عـلى لفـظ المضـارع ؛][٦] فإنّـه لا يكـون إقـراراً بالألـف.

أمّـا إذا لم يقـل: "بـه "؛ فلجـواز أن يريـد: " أنـا مقـرٌّ ببطـلان قـول المدعـي "، أو : " أنـا مقـرٌّ بـأنّ الله واحـدٌ "، أو : " أنـا مقـرٌّ بصحـة الإسـلام "، وغـير ذلـك.

---

(١) الناقل هو النووى والرافعى. ينظر: الروضة (٤/ ٢١)، والعزيز (٥/ ٢٩٧)، وينظر: النجم الوهّاج (٥/ ٩٢)

(٢) صحح على النسخة (٣١٧٢) ل (٤٩٨)، ومراد الشارح أن الضمير في فهو راجع إلى مصدر قال وهو القول.

(٣) التأويل في الشرع: صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنىً يحتمله.ينظر: التعريفات (٣٤)

(٤) وهذا البحث ذكره المصنف في الشرح الكبير. ينظر: العزيز (٥/ ٢٩٧).

(٥) القرينة في الاصطلاح: أمر يشير إلى المطلوب، وهي إمّا حالية، أو معنوية، أو لفظية. التعريفات (٩٧).

(٦) كان في النسخ الثلاث تقديم وتأخير بين الكلمات في ما بين القوسين، وظهر لي الصواب من تعليل الشارح وتفصيله.

وأمّا في الثاني؛ فلأنَّ مدلوله يقتضي الحال والاستقبال[١]، فليس نصّاً في الحال[٢]، فيجوز أن يريد به الوعد في الاستقبال.

وقيل: هما إقرار،[أمّا الأوّل]؛ فلأنّ العائد المفعول يجوز حذفه.

وأمّا الثاني؛ فلاشتراكه بين الزمانين، فيؤخذ بالأسوأ؛ رعاية لمقتضى الظاهر[٣].

(ولو قال: أليس لي عليك كذا؟) مستفهماً استفهام التقرير[٤] **(فقال: " بلى " فهو إقرار)** بلا خلافٍ؛ لأنّ " بلى " لردِّ النفي، ونفيُ النَّفي إِثبَاتٌ[٥].

(وكذا لو قال: نعم) في جواب ذلك **(على الأظهر)** [من]الوجهين ؛ لتزيل "نعم "منزلة " بلى " في العرف، والأقارير مبنيةٌ على المتعارف دون اللغات؛[٦] ألا يرى أنّه لو قال: " عندي دابة " فلا يجوز أن يفسرها بدجاجة؛ لأنّ العرف وضعها لذوات القوائم الاربع؟

والثاني: أنّ " نعم "[ليس] بإقرار في جواب ذلك؛ لأنّه موضوع لتقرير ما سبق، وما سبق نفيٌ لا إثباتٌ[٧].

والجواب: ما ذكرنا من أنّ الأقارير مبنيةٌ على المتعارف، وأهلُ العرف يفهمون الإقرار من "نعم" في ما ذكر.

(ولو قال: " اقضِ الألفَ الذي لي عليك " فقال: نعم، أو : أقضي غداً، أو: أمهلني

---

(١) لأنّه فعل مضارع. منه. (٢٨٣) ال (٩٠) (٢٧٢٦) اللوحة (٧٧) (٣١٧٢) ل (٤٩٨)

(٢) النص: ما ازداد وضوحاً على الظاهر لمعنى المتكلم، وما لا يحتمل إلا معنىً واحداً. التعريفات (١٣٣).

(٣) وهذا القائل هوالذي اشار اليه النووي في الروضة وقال: ولا يحكى الوجه الآخر إلا نادراً. ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٢١).

(٤) الاستفهام: هو استعلام مافي ضمير المخاطب. التعريفات (١٩)، والتقرير حمل المخاطب على الإقرار.

(٥) الإثبات هو الإيجاب، ويقابلها النفي. وينظر: مغني اللبيب عن كتب الأعاريب لعبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله ابن يوسف، أبو محمد، جمال الدين، ابن هشام (ت: ٧٦١هـ) المحقق: د. مازن المبارك/ محمد علي حمد الله، الطبعة: السادسة، (١٩٨٥م) - دار ألفكر - دمشق: (٢٥).

(٦) اللغات جمع لغةٍ وهي مايعبر به كل قوم عن اغراضهم. ينظر: المعجم الوسيط: (٢/ ٨٣٠)، ومعجم مقاييس اللغة (٩٢٢).

(٧) ينظر: العزيز (٥/ ٢٩٨)، وأسنى المطالب (٥/ ١١٨).

يومـاً، أو : أمهلنـي حتـى اقعـدَ أو أفتـح بـاب الصنـدوقِ أو أجـدَ المفتـاح) أو الدراهـمَ **(فالأشـبهُ)** مـن الوجهـين بالحـق **(أنَّ كلَّ ذلـك)** الألفـاظِ **(إقـرارٌ)**؛ لأنّهـا دالـةٌ عـلى التزامـه الألـفَ عرفـاً.

والثاني: ليس بإقرار؛ لأنّها ليست صريحة[1] في الإقرار[2]؛ فلكلٍّ احتمالٌ آخر:

أمّا نعم؛ فلأنّه لتصديق ما سبق وتقريره، والأمر[3] لا يصلح لذلك، وهو واضح.

و "**أقضي غدا**" يحتمل قضاء شيء آخر أو العبادات؛ لعدم ذكر المفعول.

وقولـه: "**أمهلنـي يومـاً**" يحتمـل الإمهـالَ في الدعـوى والملازمـةِ، وكـذا قولـه: "**حتـى أقعدَ**".

وقولـه: "**أفتـح بـاب الصنـدوق**" يحتمـل الفتـح لإخـراج مـا يدفـع لـه الخصومـة مـن سـجلٍّ أو تذكـرة.

وقولـه: "**أو: أجـد**" أي: ملجـأً، أي: معـاذاً، أو: مـن يعنينـي عـلى دفعـك، والمحتمـل[لا يصلـح] حجـة[4].

***

الركن الرابع: المقَرُّ به

(فصـل: لا يشـترط أن يكـون المقَـرُّ بـه ملـكاً للمقِـرِّ، بـل يشـترط أن لا يكـون ملـكاً لـه)[5]؛ إذ الإقـرار ليـس تمليـكاً للملـك ولا مُزِيـلاً لـه كالبيـع والهبـة، بـل إخبـارٌ يكـون الشـيء ملـكاً للغـير قبـل ذلـك الإخبـار.

(حتـى لـو قـال: داري لفـلان أو ثـوبي لفـلان) هـذان مثـالان للإقـرار بالعـين **(أو: دَينـيَ**

---

(١) الصريح: اسم لكلام مكشوف المراد منه بسبب كثرة الاستعمال، حقيقة كان أو مجازاً: التعريفات (٧٧).

(٢) وهو قول السبكي.ينظر: أسنى المطالب (٥/ ١١٩).

(٣) يقصد الشارح بالأمر قول الرافعي في المحرر: "اقضِ الألفَ".

(٤) الحجة: الدليل والبرهان وجمعه: حجج مثل غرفةٍ وغرف، وفي الاصطلاح: ما دّل به على صحة الدعوى. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ١٥٦)، والمصباح المنير (٧٦)، والتعريفات (٥١).

(٥) المِلك: اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه. التعريفات (١٢٧).

الـذي لي عـلى زيـد لعمـرٍ فهـو) أي: القائـل (**متناقـضٌ**) في إقـراره؛ إذ قولـه متناقـضٌ في نفسـه[١]؛ لأنّ ظاهر[الإضافـة[٢] إلى يـاء المتكلـم] يقتـضي أنَّ الملـك للمقـرِّ، فينـافي الإقـرار لغـيره؛ إذ الإقـرار إخبـارٌ بسـابق ملـك الغـير عليـه.

وفي وجـه غريـب: يجعـل ذلـكَ إقـراراً؛ إذ قـد تكـون للاختصـاص؛ لأنّ ذلـك قـد تكـون بالأُجـرة والاسـتعارة.

(**ولوقـال:** مسـكنى لزيـد) فهـو إقـرارٌ عـلى الصحيـح؛ لأنَّ الرجـل قـد يسـكن في ملـك غـيره.

(**ولـو قـال:** هـذا لفـلان وكان في ملكـى إلى أن أقـررت بـه فـأولُ كلامـه إقـرارٌ)؛ لدلالـة قولـه: " هـذا لفـلان " عـلى سـبق ملـك المقَـر لـه عـلى الإقـرار (**وآخـرُه لغـوٌ**)؛ لأنّ الأوّل يـدلُّ عـلى تقـدم ملـك الغـير، والآخـرُ يـدلُّ عـلى أنّـه ملـك المقِـرِّ إلى وقـت الإقـرار، فينـاقض الأوّل، كـما لـو قـال: " عـليَّ ألـف لا يلزمنـي " فيطـرح آخـره ويعمـل بأولـه.

(**وينبغـى**) أي: يشـترط (**أن يكـون المقـرُّ بـه في يـد المقـرّ**) إن كان عينـاً ؛ ليسـلَّم بالإقـرار للمقـر لـه في الحـال، فالاشـتراط لوجـوب التسـليم في الحـال لا لصحـة الإقـرار؛ بدليـل قولـه: (**ولـو أقـرَّ بشـىءٍ ولم يكـن**) ذلـك الشـىء (**في يـده حـال الإقـرار ثـم صـار في يـده عُمـل بمقتـضى الإقـرار**) [فيسـلَّم] للمقـر لـه حـين صـار في يـده؛ لبقـاء حكـم الإقـرار وعـدم الصـارف (**حتـى لـو أقـرَّ بحريـة عبـد في يـد غـيره ثـم اشـتراه حُكـم بحريتـه**)؛ عمـلاً بمقتـضى الإقـرار، فيرفـع يـده عنـه ويخلّـي سـبيلُه[٣].

(**ثـمَّ إن كانـت صيغـة إقـراره أنّـه حـرُّ الأصـل فالـشريُ افتداءٌ[٤] مـن جهـة المشـترى**) أي:

---

(١) التناقـض: هـو اختـلاف القضيتـين بالإيجـاب والسـلب بحيـث يقتـضى لذاتـه صـدق أحدهمـا وكـذب الأخـرى. التعريفـات (٤٣).

(٢) الإضافـة في النحـو: امتـزاج اسـمين عـلى وجـه يفيـد تعريفـاً أو تخصيصـاً.ينظـر: التعريفـات (٢٢)، وشرح ابـن عقيـل (٣/ ١٢٧).

(٣) بعـد انقضـاء مـدة خيـار البائـع وترفـع يد المشـترى عنـه لوجود الشـرط، هذا كله إذا اشـتراه لنفسـه. مغنى المحتاج (٣/ ٢٨٢).

(٤) فـداه مـن الأسر يفديـه فـدىً مقصـور وتفتـح ألفـاء وتكسر: إذا اسـتنقذه بمالٍ، واسـم ذلـك المال: الفديـة. المصباح المنير (٢٧٦).

إنقـاذُه مـن [اليـد العاديـة] كـما لـو اشـترى حـراً أسـيراً؛ فـإن الصـورة صـورة الـشري والمعنـى إنقـاذ وافتـداء، فـلا يترتـب عليـه أحـكام الـشري مـن جهـة المشـتري.

(**وبيـعٌ مـن جهـة البائـع**)؛ لأنّ قـول المشـترى لا يقبـل في حـق البائـع، والقـولُ قولـه في عـدم حرّيّتـه فيكـون بيعـاً مـن جهتـه، فيترتـب عليـه أحكامُ البيع (**وكذلـك الحكـم إن كانـت الصيغـة: أنّـك أعتقتـه**) وينكـر البائـعُ عتقـه ويحلـف عليـه (**فهـو**) أي: العقـد[1] (**افتـداءٌ مـن جهـة المشـترى وبيعٌ مـن جهـة البائـع عـلى الأصـحّ**) مـن الطريقـين قـولاً واحـداً؛ تسـويةً بـين قولـه: " إنّـه حـرُّ الأصـل " وبـين قولـه: " أعتقتـه " بجامـع سـبق الحريـة عـلى العقـد بزعمـه[2].

والطريق الثاني فيه قولان: أحدهما: هذا[3].

والثاني: أنّه بيع من الجهتين فيترتب على العقد أحكام سائر البيوع.

(**حتى يثبتُ**) عـلى الأصـحّ (**فيـه خيـار المجلس والـشرط للبائـع، ولا يثبتـان للمشـترى**)؛ إذ لاخيـار في الافتـداء كـما في الإبـراء والهبـة.

وليـس للمشـتري الـردُّ بالعيـب؛ لأنّـه حـرٌ بزعمـه، ولا طلـبُ الأرش إن خـرج معيبـاً، ولا تسـلطَ لـه عليـه بعـد الـشرى، وليس عليـه الـولاء[4].

فـرع: فلـو قـال: "العبـد الـذي في يـد عمـروٍ مرهـونٌ عنـد زيـد" ثـم اشـتراه أو حصـل في يـده بوجـهٍ آخـر فيلزمـه أن يدفعـه إلى زيـد ليبيـع في دينـه؛ عمـلاً بمقتـضى إقـراره.

(**فصـل: ولا يشـترط أن يكـون المقـرُّ بـه معلومـاً، بـل يصـح الإقـرار بالمجهـول**)؛[5] لعمـوم البلـوى بـه؛ إذ قـد يكـون عليـه حـقٌّ ولا يـدرى كمّيّتـه كغرامـة المتلـف لا يـدرى كـم قيمتُـه، أو أرش جنايـة لا يعـرف قـدره أو علِمـه أولاً ثـم نسـيه، أو غـير ذلـك، ولأنّ الجهالـة لا يمنـع

---

(١) فالضمير راجع إلى العقد المفهوم من السياق مثل (واستوت على الجودي).

(٢) ينظر: العزيز (٥/ ٢٩٣).

(٣) وهو أنّه افتداء من الجهتين كما أشار إليه الشربيني. ينظر: مغنى المحتاج (٤/ ٢٨٢)، والعزيز (٥/ ٢٩٢).

(٤) الـولاء في الاصطـلاح: هـو ميراثٌ يستحقه المرء بسـبب عِتـق شـخص في ملكـه، أو بسـبب عقـد الموالاة. التعريفات (١٤١).

(٥) الجهـل اعتقـاد الشيء على خـلاف مـا هـو عليـه، ويـراد بالمجهـول مـا يعـم المبهـم. القامـوس (٨٨٣)، والمعجـم الوسـيط (١/ ١٤٤).

صحة الإقرار؛ لأنّ الإقرار إخبارٌ عن ثبوت حق، والبيان عليه كما اعتق أحد عبديه فعليه البيان[١].

(فلو قال: عليَّ شيءٌ صح الإقرار)؛ لما مر (واستفسر) أي: طولب منه التفسير، وهو من السفر وهو الكشف والبيان[٢]، فإن مات طولب التفسير من الوارث.

(ويصح تفسيره) أي: الشيءِ المقرِّ به (بكل ما هو مالٌ) أي: يعدُّ مالاً، ويسمى المتموَّل (قلَّ) كرغيف وفلس (أو كثر) كما فوق نصاب السرقة.

(وكذا بما هو من جنسه)[٣] أي: جنس المال كالحبة في الحنطة والشعير؛ لأنّ اسم الشيء يتناول ذلك.

والمراد بالمال: ما يجوز بيعه؛ لاستقلاله بالنفع، وبجنسه: ما لا يجوز بيعه؛ لعدم استقلاله بالنفع.

وقيل: ما يجوز أن يكون ثمناً أو مثمناً فهو متموَّل وما لا يجوز فهو مال، فكل متموَّل مالٌ ولا عكس.

ويجوز التفسير (بما يجوز اقتناؤه)[٤] أي: استبقاؤه (كالكلب المعَلَّم) والقابل للتعليم كالجرو[٥].

ولا فرق بين المعلَّم للصيد أو للزرع أو لحفظ الماشية.

(والسرقين) معرب "سرطين" وهو: الروث (وجلد الميتة) القابل للدباغ (في أصح الوجهين)؛ لأنّ كلا النوعين يحرم أخذهما ويجب على آخذهما ردُّهما، فيصلحان للالتزام بـ«عليَّ»[٦].

---

(١) البيان في الاصطلاح: هو عبارة عن اظهار المتكلم المراد للسامع، ينظر: التعريفات (٣٣).

(٢) التفسير في الأصل واللغة: الكشف والإظهار. ينظر: التعريفات (٤١).

(٣) الجنس: كلي مقولٌ على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو؟ من حيث هو كذلك. ينظر: التعريفات (٤٩).

(٤) الاقتناء في اللغة: الاتّخاذ قنيةً لا للتجارة. ينظر: المصباح (٣٠٨)، والمعجم الوسيط (٢/ ٧٦٣).

(٥) (الجرو): الثَّمر أول مَا ينبت غضا، وَمَا استَدَارَ من الثِّمار كالحنظل والقثاء وَنَحوه، وَالصَّغِير من ولد الكَلب والأسد وَالسِّبَاع، (ج) جِراء وَأجرٍ وأجراءٌ. المعجم الوسيط (١/ ١١٩). والأخير هو المراد هنا.

(٦) ينظر: العزيز (٥/ ٢٠٢).

والثاني: لا يصح التفسير بكلا النوعين:

أمّا النوع الأوّل؛ فلأنّه لا قيمة له فلا يصح التزامه بكلمة على.

والنوع الثاني ليس بمال، وظاهر الإقرار للمال.

(**دون ما لا يجوز اقتناؤه كالخنزير والكلبِ الذي لا منفعةَ فيه**) من صيد أو غيره؛ لأنّ مثل ذلك **لا** اختصاصَ ولا حقَّ فيه لأحدٍ؛ بدليل أنّه لا يجب رده لو أُخذ فلا يصدُق به كلمة" عليَّ "؛ لاقتضائها ثبوت حقٍ للمقَر له.

ولو بدّل " عليَّ " بعندي أو معي أو لديَّ يصدَّق به على ذلك.

(**ولا يصحُّ التفسير**) أي: تفسير قوله: عليّ شيء (**بالعيادةِ**) أي: مزاورة المريض سائلاً عن حاله (**وردِّ السلام**) فيقول: الشيءُ الذي عليَّ أنّه مرِض فلم أعُده، أو سلَّم عليَّ فلم أَرُدَّه؛ إذ فهمُهما في معرض الإقرار بعيدٌ فلا مطالبةَ بهما.

وقال الاسفرائيني:"[1] لو بدَّل " شيئاً " بالحق وقال: " له عليَّ حقٌّ " قُبل تفسيرُه بهما؛ لأنّهما من حقوق الإسلام، ولم يرتضِه الأكثرون؛ لأنّ لفظ الشيء أعمُّ الأشياء، فإذا لم يقبل تفسير الأعمِّ بهما فتفسير الأخصِّ أولى بعدم القبول.

(**ولو قال: " عليَّ مالٌ " قُبل تفسيره بالقليل منه**) [2] وإن لم يتموّل كحبةٍ مثلاً؛ لأنّ المال اسم الجنس يقع على القليل والكثير[3]، كالماء فإنّه يقع على قطرةٍ وبحرٍ.

ولو قال: (**عليَّ مال عظيمٌ أو كثيرٌ أو كبيرٌ فكذلك**) قُبِل تفسيره بالقليل منه؛ لأنّ العظمة والكِبَر والكثرة من الإضافيات[4] لا تحقق لها في الخارج، وإنّما يعبر عنها

---

(١) هو إبراهيم بن محمد بن إبراهيم أبو إسحاق الإسفرائيني، الأصولي، الشافعي ومن آثاره (أدب الجدل)، و (معالم الإسلام).

(٢) وقال أبو حنيفة: لا يقبل تفسيره إلا بالمال الذي تجب فيه الزكاة. ينظر: المجموع (٢٣/ ٢٦٩)، ورد المحتار (٨/ ٣٥٥).

(٣) اسم الجنس: ما وضع لأن يقع على شيء وعلى ما أشبهه كالرجل. ينظر: التعريفات (٢١).

(٤) جمع إضافيةٍ نسبة إلى الإضافة، وهي: حالة نسبية متكررة، بحيث لا تعقل إحداهما إلا مع الأخرى، كالأبوّة والبنوة. ينظر: التعريفات (٢٢).

بنسبتها إلى مادونها أو فوقها[(١)]، فإذا الحبَّةُ عظيمةٌ بالنسبة إلى نصفها، قليلةٌ بالنسبة إلى الحبَّتين، والحبَّتان قليلتان بالنسبة إلى الثلاث، كثيرتان بالنسبة إلى الواحدة، وقس عليه ما شئت، مع أنّه يمكن وصفه بالعظم والكيد والكثير من حيث إثمُ غاصبه وكفرُ مستحلّه وخوفُ العقوبة لمتعاطيه بغير حقٍّ.

قال أهل اللغة: العظيمُ يقابل الحقير إمّا بالكم أو الكيف[(٢)]، والكبير يقابل الصغير، وأكثرُ استعمالها في الكمِّ، وقد يستعمل في الكيف، والكثيرُ يقابل القليل، وهو لا يستعمل إلا في الكمِّ[(٣)].

وعن المزني: أنّه لا يقبل تفسير كلٍّ منها بالقليل، بل تفسير العظيم بما يبلغ نصاباً، إمّا نصاب السرقة، أو نصاب الزكاة[(٤)]، والكبير بما يصلح ثمناً أو مُثمناً، والكثير بذي الأجزاء، ولم يعدَّه المصنفُ خلافاً؛ لأنّه تابع في ذلك أصحاب أبي حنيفة رحمه الله[(٥)].

(ولا يقبل تفسير المال بالكلبِ) ولو كان معلَّماً **(أو جلدِ الميتة قبل الدباغ)**؛ لأنّهما لا يُعدّان مالاً فلا يصدق عليهما اسم المال.

(والأظهر) من الوجهين **(قبولُ التفسير)** أي: تفسير المال **(بالمستولدة)**؛ لأنّها يُنتفع بها انتفاعَ سائر الأموال إلا أنّها لا تُباع[(٦)].

والثاني: لا يقبل؛ لنقصانها عن الأموال بعدم جواز بيعها.

واعترض الجلاليّ حيث قال: وفي الروضة كأصلها والمحرر: " إذا قال له عَلَيَّ

---

(١) أي بالقياس إلى ما دونها أو فوقها.

(٢) الكم: هو العرض الذي يقتضي الانقسام لذاته. ينظر: التعريفات (١٠٤)، والكيف: هيأة قارة في الشيء لا يقتضي قسمة ولا نسبة لذاته. ينظر: التعريفات (١٠٥).

(٣) والفرق بين العظيم والكبير: أن العظيم نقيض الحقير، والكبير نقيض الصغير، فكان العظيم فوق الكبير، كما أن الحقير دون الصغير. ويستعملان في الجثث والأحداث جميعاً. تفسير الزمخشري = الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل (١/ ٥٣).

(٤) نصاب السرقة ربع دينار من الذهب ونصاب الزكاة عشرون مثقالاً. الروضة (٧/ ٣٢٦)، واللباب (٢/ ١٧٧).

(٥) ينظر: المجموع (٢٣/ ٢٦٩)، وردّ المحتار (٨/ ٣٥٥).

(٦) ينظر: الروضة (٤/ ٢٩)، والتحفة (٧/ ١٧٦).

مالٌ الخ "، ومنه المقبول بالمستولدة، والمناسب فيها أن يقول: " له عندي مال ". انتهى[١]، وكأنّه ﷺ لم ينظر إلى قول المحرر: " ولايقبل تفسير المال بالكلب الخ "، ولم يتأمل في قوله: " والأظهر قبول التفسير " أنّه أراد به تفسير المال لا تفسير قوله: " عليَّ مالٌ ".

(**وقوله لفلان عليَّ كذا كقوله: شيءٌ**)؛ لاشتراكهما في الإبهام، فيجوز تفسير "كذا" بما يجوز تفسير "شيءٌ" أي: بمالٍ وبما هو من جنسه وبما يجوز اقتناؤه.

(**وقوله: "عليَّ شيء شيٌ" أو "عليَّ كذا كذا" كما لو لم يتكرر**)؛ لأنّ الظاهر في التكرر بدون توسط الواو [هو] التأكيد دون التجديد[٢].

ولو قال: عليَّ شيءٌ وشيءٌ" أو " كذا وكذا " فلا بدَّ من التفسير بشيئين يُقبل كلٌّ منها في تفسير "شيءٌ. ولا يشترط تجانسهما[٣] ولاتساويهما[٤] في القدر، فيجوز تفسيرهما بثوب ودرهم، وعبد ورغيف، وبدرهمين، وعبدين أو حبتين؛ لأنّ التغاير يحصل بكلّ ذلك، فيصدق مقتضى العطف.[٥]

(**ولو قال: عليَّ كذا درهماً**) بالنصب لزمه درهمٌ واحدٌ؛ لأنّ المنصوب تمييز يبيّن المبهم عند أهل اللغة[٦] (**ولو رفع الدرهم**) وقال: "عليَّ كذا درهمٌ" (**أو خفَضه**) أي: قرأه مخفوضاً، أي: مجروراً (**فكذلك الجواب**) أي: يلزمه درهم؛ لأنّ المرفوع إمّا عطف

---

(١) ينظر: حاشيتا قليوبى وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين (٣/ ٩).

(٢) التأكيد هنا عبارة عن إعادة المعنى الحاصل قبله.ينظر: التعريفات (٣٤).

(٣) التجانس يقال: جانسه: شاكله و- اتحد في جنسه و- تجانسا: أي: اتحدا في الجنس. القاموس (٤٨٣)

(٤) التساوي: التماثل، وفي الاصطلاح: هو كون أحدهما مساوياً للآخر كثلاثة وثلاثة. القاموس: (١١٦٦).

(٥) وهو التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه. عيسى. ثم كتب بعد ذلك:

دۆعا كەر پەرێم، مـن گونا بـارم   چـە قاپـی خـودا خەجالـەت بـارم
بەڵكـی خۆداوەنـد ببەخشـوم تەقسـیر   خەلاسـم كـەرو چـە نـار سـەعیر
عیسـی نـا ممـەن عیسـیا نـەن بـارم   بـە عەفـوی عافـی نومێـدەوارم

هامش المخطوطة (٣١٧٢) اللوحة (٠٠٤٩٩).

(٦) التمييز: مايرفع الإبهام المستقر عن ذاتٍ مذكورة نحو منوان سمناً، أو مقدرةٍ نحو لله دره فارساً.ينظر: التعريفات (٤٣)، وشرح ابن عقيل (٣/ ٧٣).

بيان أو بدل[١]، والمجرور لحنٌ فلا ينظر فيه إلى الاعراب، بل إلى أنّه تفسير لما أُبهم، إلا أنّه لحنٌ في الإعراب[٢].

(والأصح) من الطريقين **(أنّه لو قال: كذا وكذا درهماً لزمه درهمان)**؛ لأنّه أتى بمبهمين وعقبهما بمنصوب فالظاهر أنّه تفسير لهما: بأنّ يقدر ذلك المنصوب تفسيراً لأحدهما ويحذف مثله في الآخر، أي: عليَّ كذا درهماً وكذا درهماً[٣]، والمذكور إمّا للأول أو الثاني على الاختلاف المذكور في النحو[٤].

وثاني ذا الطريق: أنّه يلزمه درهم وشيء نظراً إلى أن الدرهم تفسير للثاني فقط والأول غير مفسر.

والطريق الثاني: القطع بالأول بجعل الدرهم تفسيراً لكل من المبهمين أو لمجموعهما من غير حذف.

(وأنّه) أي: وأصحُّ الطريقين أنه **(لو رفع الدرهم أو خفضه لم يلزمه إلا درهمٌ واحدٌ)** ففي الرفع يجعل خبر المبتدأ، أي: هما درهم، أو: الذي أبهمته درهم، وفي الخفض يجعل لحناً في الرفع؛ لأنّه المتيقن، وجعله لحناً في النصب فغير متيقن، والإقرار مبنيٌّ على اليقين.

والقول الثاني في ذا الطريق: أنّه يلزمه درهمان:

أمّا في الرفع؛ يجعل المذكور خبراً عن أحدهما ويحذف خبر الآخر بدلالة المذكور عليه، ويجعل الجرَّ لحناً عن المرفوع؛ لأنّه عمدة، دون المنصوب؛ لأنّه فضلة.

ونقل الماوردي على ذلك نصَّ الشافعي رحمه الله[٥].

والطريق الثاني: الجزم بالأول .

---

(١) عطف البيان: تابع غير صفةٍ يوضح متبوعه، والبدل: تابع مقصود بما نُسب إلى المتبوع دونه. ينظر: التعريفات (٣٠)، و (٨٥)، وشرح أبن عقيل (٤/ ٥).

(٢) اللحن: الخطأ في الأعراب ينظر: مختار الصحاح (٥٩٤)، ودليل الراغب (٢٢٧).

(٣) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٣١)، و: مغنى المحتاج (٣/ ٢٨٧)

(٤) لم أجد مصدراً يبين هذا الاختلاف، وهذا يدل هذا على تعمق الشارح في علوم الآلة.

(٥) ينظر: الحاوى في فقه الإمام الشافعى (٧/ ٣٧).

(ولـو لم يُدخـل الـواوَ) بـين المبهـمات بـأن قـال: "عـليَّ كـذا كـذا كـذا" أو "شـيءٌ شـيءٌ شـيءٌ" وعقبهـا بالدرهـم **(لم يلزمـه في الأحـوال)** الثلاثـة: الرفـعِ والنصـبِ والجـرِّ **(إلا درهـمٌ)**؛ لأنّ الظاهر في التكـرار بغـير عطـفٍ التأكيـدُ.

(ولـو قـال: عـليَّ ألـف ودرهـمٌ فلـه تفسـير الألـف المبهـم بغـير الدراهـم)؛ لأنّ المعطـوف مبـيَّنٌ والمعطـوف عليـه مبهـمٌ، والعطـف موضـوع للزيـادة والتغايـر لا [لتفسـير المبهـم]، ويراجَـعُ المِقـرُّ في تفسـير الألـف، فيفسـره بـما يشـاء.

ولا فرق عندنا[1] بين أن يكون المعطوف متقوِّماً أو مثليّاً.

(ولـو قـال: عـليَّ خمسـة وعـشرون درهمـاً فالـكل دراهـمُ عـلى الصحيـح) مـن الوجهـين؛ [بجعـل] المنصـوب تفسـيراً لـكلا الجزئين؛ لأنـه المفهـوم عرفـاً ولغـةً.

والثاني: يجعل المنصوب تفسيراً للجزء الثاني بحكم القرب، ويُبقي الجزأَ الأوّل على إبهامه.

وأجيب بأنهما اسمان جعلا اسماً واحداً بحذف العاطف منهما فلا [يفترقان]في التفسير.

(ولـو قـال: "الدراهـم التي أقـررت بهـا ناقصـة الـوزن" فـإن كانـت دراهـم البلـد) الـذي أقـرَّ فيـه **(تامـة الـوزن)** وهـى دراهـم الإسـلام وسـنتلو عليـك مقدارَهـا عـن قريـب إن شـاء الله **(فالأصـح)** مـن الوجهـين **(أنّـه يقبـل إن ذكـره متصـلاً)** بإقـراره **(وأنّـه لا يقبـل إن ذكـره منفصـلاً عـن الإقـرار)**؛ قياسـاً عـلى الاسـتثناء؛ لأنـه في معنـاه؛ فإنّـه يقبـل متصـلاً لا منفصـلاً؛ لأنّ الإقـرار تنـزل عـلى الكامـل عنـد عـدم الصـارف.

والثاني: يقبل في المنفصل أيضاً؛ لأنّ اللفظ محتمل له والأصل براءة الذمة عن الزيادة[2].

وحكى الجلاليُّ قولا أن المُتَّصِلَ لَا يُقبَلُ أيضاً؛ عَمَلًا بِأَوَّلِ كلامه كالإقرار ونقيضه[3].

---

(١) أي: خلافاً للإمام أبي حنيفة ﷺ فإنّه قال: إن كان المعطوف مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً يفسر الألف به، وإن كان متقوماً كالثوب والعبد بقى على إبهامه. قال السرخسي في المبسوط: فكذلك المعطوف يجعل تعريفاً للمعطوف عليه إذا كان صالحاً له والصلاحية موجودة في المكيلات والموزونات لأنّها تثبت في الذمة مع جميع المعاملات حالاً ومؤجلاً.

(٢) ينظر: العزيز (٥/ ٣١٢).

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة على كنز الراغبين (٣/ ١٠).

(وإن كانت دراهمه) اى دراهم بلد إقراره **(ناقصة الوزن)** كدراهم بعض بلاد الشام؛ فإنّه أربعة دوانيق[١] **(قُبل إن ذكره على الاتصال)** وذلك بلا خلافٍ؛ لأنّ الحال يقتضى صدقه؛ لأنّ دراهم بلده كلها كذلك **(وكذا إن ذكره منفصلاً على الأظهر)** أي: القول المنصوص؛ إذ الألف يحمل على المتعارف في البلد كما في المعاملات[٢].

ومقابلُ الأظهر: وجهٌ أنّه لا يقبل في الانفصال؛ حملاً للّفظ على الدراهم **الاسلامية** كما في الديات و الجنايات . ولكّلٍ وجهةٌ هو [مولّيها]

(والتفسير بالمغشوشة كهو بالناقص)[٣] ففيه التفصيل والخلاف.

ثمّ اسمع لنتلوَ عليك ما وعدناك:

اعلم أن الدراهم المتداولة في البين أربعة انواع:

الأوّل: البغلية،[٤] وكل واحد منها ثمان دوانيق ونصف.

والثاني: الطبرية[٥]، وكلُّ واحد منها أربع دوانيق.

والثالث: البغدادية وكل واحد منها سبع دوانيق ونصف.

والرابع: المكّيّة، وهى التى يعبّر بها **نصاب** الزكاه ومقادير الديات والأُروش، فكل درهم منها ست دوانيق كل دانق ثمان حبّات وخُمُسا حبة، فالدرهم الواحد خمسون حبة وخُمسُ حبة، والدينار اثنان وسبعون حبة.

والمثقال والدينار، متساويا الوزن فيكون كلُّ عشرة دراهم سبعةَ مثاقيل.

والمراد بالحبة: الشعير المتوسط التى لم تقشر وقطع ما دقَّ من طرفِيها.

---

(١) الدوانيق جمع دانق: وهو سدس درهم، وهو عند اليونان: حبتا خرنوب؛ لأنّ الدرهم عندهم اثنتاعشرة حبة خرنوب. والدانق الإسلامى: حبتا خرنوب وثلثا حبة خرنوب، وتفتح النون وتكسر، وبعضهم يقول: الكسر أفصح. وجمع المكسور دوانق، وجمع المفتوح: دوانيق بزيادة ياء، قاله الأزهريّ. ينظر: المصباح المنير (١٢٢).

(٢) ينظر: العزيز (٣١٢).

(٣) المغشوشة: الدراهم غير الخالصة وهو الذي فيه نحاس أو غيره. المعجم الوسيط (٢/ ٦٥٣).

(٤) البغلية نسبة إلى ملِكٍ يقال له رأس البغل فجمع الخفيف والثقيل وجعلا درهمين متساويين فجاء كل درهم ستة دوانيق، ويقال: إنّ عمر ﷺ هو الذى فعل ذلك. ينظر: المصباح المنير (١١٨).

(٥) طَبَرِيَّةُ: مَدِينَةٌ بِالشَّامِ وَكَانَت قَصَبَةَ الأُردُنِّ وَالدَّرَاهِمُ الطَّبَرِيَّةُ مَنسُوبَةٌ إِلَيهَ المصباح المنير (٢/ ٣٦٨).

(**ولو قال: عليّ من درهم إلى عشرة فالأصحّ**) من ثلاثة أوجه (**أنّه يلزمه تسعة**)؛ إدخالاً لطرف المبدأ؛ لانعقاد الإقرار منه، وإخراجاً للطرف الثاني؛ لأنّ إلى لانتهاء الغاية وضعاً وإنّما يستعمل لمدّ الحكم لأمرٍ جديد أو قرينةٍ تقتضي ذلك، فيبقى على أصل الوضع.

والثاني: يلزمه عشرة؛ إدخالاً للطرفين، واللفظ يحتمل ذلك؛ كما لو قال: بعتك من هذه [النخلة] إلى هذه النخلة؛ فانهما يدخلان في البيع[1].

والثالث: يلزمه ثمانية إخراجاً للطرفين؛ لأنّ الأقارير مبنية على اليقين والمتيقن هو مابين الطرفين؛ لأنّه يحتمل التأويل بخلاف الطرفين، فهو كما لو قال بعتك من هذا والجدار إلى هذا فإنّها لايدخلان في البيع عرفاً.

والفرق بين النخليتن والجدارين: أنّ المراد بالإشارة إلى النحلة تعدادُ المبيع، وبالإشارة إلى الجدار تحديدُه به، وذلك بحسب العرف، وقد ذكرنا في الضمان وجهَ مخالفة تصحيح المصنف في الموضعين؛ فإنّه صحّح هناك لزومَ العشرة، وهنا لزومَ التسعة[2].

(**ولو قال: " عليّ واحدة في عشرة " لم يلزمهُ إلا واحدة**) إن أراد الظرف؛ لأنّه إقرار بالمظروف دون الظرف، والمظروف واحدة (**أو أطلق**)؛ لأنّ الظاهر من "في" الظرفية، وصرفُها عنها إنّما يكون بالقصد، ولا قصدَ هنا، فتحمل على الظاهر؛ لأنّه المتيقن.

(**ويلزمه عشرةٌ إن أراد الحساب**) وهو يعرف مقتضاه- وهو أن لا يزيد المضروبُ المضروبَ فيه على حسب أجزائه، ولاجزء للواحد فلا يزيد شيئاً - فيكون الواحد في عشرة بعشرة، وإن لم يعرف مقتضى الحساب فلا يلزمه إلا واحد، قاله صاحب النجم.[3]

(**ويلزمه أحد عشر إن أراد بفي معيةً**)؛ لورود في بمعنى مع في قوله تعالى ﴿ قَالَ ٱدۡخُلُواْ فِيٓ أُمَمٖ ﴾[4] أي: مع أمم.

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٣١٤).

(٢) ينظر: العزيز (٥/ ١٥٨).

(٣) كفاية النبيه في شرح التنبيه (١٩/ ٣٨٨)، النجم الوهاج في شرح المنهاج (٥/ ١٠٧).

(٤) تمام الآية: ﴿ قَالَ ٱدۡخُلُواْ فِيٓ أُمَمٖ قَدۡ خَلَتۡ مِن قَبۡلِكُم مِّنَ ٱلۡجِنِّ وَٱلۡإِنسِ فِي ٱلنَّارِۖ كُلَّمَا دَخَلَتۡ أُمَّةٞ لَّعَنَتۡ أُخۡتَهَاۖ حَتَّىٰٓ إِذَا ٱدَّارَكُواْ فِيهَا جَمِيعٗا قَالَتۡ أُخۡرَىٰهُمۡ لِأُولَىٰهُمۡ رَبَّنَا هَٰٓؤُلَآءِ أَضَلُّونَا فَـَٔاتِهِمۡ عَذَابٗا ضِعۡفٗا مِّنَ ٱلنَّارِۖ قَالَ لِكُلّٖ ضِعۡفٞ وَلَٰكِن لَّا تَعۡلَمُونَ ﴾ (الأعراف: ٣٨).

وأمّا قوله: ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ﴾ فيحتمل الظرفية والمعية[(١)].

[نتائج ألفاظ الإقرار]

(فصل: لو قال: عندي سيفٌ في غِمدٍ) ضبط بكسر الغين **(أو ثوبٌ في صُندوق)** بضمّ الصّاد، معرّبٌ **(لم يكن إقراراً بالظرف)** أي: الغمدِ والصندوقِ؛ لعدم تناول اللفظ إيّاه، فلا نأخذ إلا باليقين، وهو المتناول باللفظ أعني: السيف والثوب.

وكذا الحكم عندنا[(٢)] في ما لو قال: غصبت منه ثوباً في منديل، أو زيتاً في حُبٍّ[(٣)].

وحكى عن المزنى[لزومهما]؛ اتباعاً للعرف.[(٤)]

(ولو قال: غمدٌ فيه سيفٌ، أو: صندوقٌ فيه ثوبٌ لم يكن مقراً إلا بالظرف) أي: الغمد والصندوق؛ لأنّه لم يعبرّ بالمظروف فلم يجعل تابعاً له؛ لأنّ الإقرار يعتمد اليقين.

وإطلاقه يقتضي أن يكون كلُّ ظرف ومظروفٍ يستويان فى ذلك الحكم أي: لا يدخل أحدهما في الإقرار بالآخر.

وفي وجه:[إذا كان المظروف مما يحرز في الظرف غالباً كالتمر والزيت والدهن يدخل المظروف] في الإقرار بالظرف؛ فإن العرف في ما إذا قال: "عندي قوُصَرّةٌ[(٥)]فيها تمرٌ"، أو "دَبَّةٌ فيها دهن" [(٦)] إقرارٌ بها وبما فيها.

(والاصحّ) من الوجهين **(فيما لو قال)**: " عندي **(عبدٌ على رأسه عمامةٌ" أنّه لا يكون مقراً إلا بالعبد)**؛ لاحتمال أن يكون ذكرُ العمامة للتميز عمّن ليس على رأسه

---

(١) تمام الآية: ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ٢٩ وَٱدۡخُلِي جَنَّتِي ﴾ (الفجر: ٢٩ – ٣٠).

(٢) أي: معاشر الشافعية ولكن بخلاف أبي حنيفة فإنّه عنده أن الإقرار بالمظروف في الظرف يكون إقراراً بهما إذا كان مما يحرز في الظرف غالباً كالزيت والتمر. ينظر: العزيز (٥/ ٣١٦)، واللباب في شرح الكتاب في فقه الحنفية (٢/ ١٤١).

(٣) والحُبُّ: الجَرَّةُ الضخمة، والجمع الحِببَةُ والحِبَابُ. تهذيب اللغة (٤/ ٨)، ولسان العرب (١/ ٢٩٥).

(٤) والذي في مختصر المزني (٨/ ٢١١): "وَإِن أَقَرَّ بِثَوبٍ فِي مِندِيلٍ أَو تَمرٍ فِي جِرَابٍ فَالوِعَاءُ لِلمُقِرِّ".

(٥) القَوصَّرَة: بالتشديد وتخفف: وِعاءُ للتمر، وكناية عن المرأة. ينظر: القاموس المحيط (ص٤١٧).

(٦) والدَّبَّةُ: التي يَجعَلُ فيها البَزرُ والزَّيتُ، والجَمعُ: دبابٌ. المحكم والمحيط الأعظم (٩/ ٢٨١).

عمامة، ولأنهما مالان مستقلان فلا يكون الإقرار بأحدهما إقراراً بالآخر.[١]

والثاني: أنّه مقرٌّ بالعمامة أيضاً؛ لأنّ العبد وما في يده لسيده، فيدُه يدُ سيّده، فهما مالٌ واحدٌ.

وذكر العمامة تنظيرٌ لا تمثيلٌ[٢]؛ إذ القميص والسراويل[والخف]والقلنسوة كالعمامة في ذلك.

(ولو قال): عندي **(دابة بسرجها أو)** عندي **(ثوب مطرز)** أي: مكفوف بالطرز، وهو ما يلتصق بأكفإن الثياب من الحرير، أو منسوجاً معها أو مركبها فيها بالخياطة[٣] **(فهو مقرٌّ بها)** أي: بالدابة والسرج والثوب والطرز.

أمّا في الدابة؛ فلأنّ الباء بمعنى مع، فهو مقرٌّ بهما، كما لو قال: دارٌ بعرشها أو سقفها[٤]، أو عبدٌ بثيابه، ولا خلاف في ذلك.

والمطرّز؛ فلأنّ الطرز جزء الثوب، فيدخل في الإقراركما يدخل في بيعه.

وفي طريقةٍ حكاها كمال الدين في النجم، وهو: أنّه إن كان الطرز مما نسج مع الثوب لزمه، وإن كان مركباً بالخياطة فوجهان بلا ترجيح[٥].

وهذا مبنيّ على أن المطرّز يطلق على المطرف[٦]، فإن لم يطلق عليه فلا خلاف في اللزوم أصلاً.

والفصّ والخاتم كالعبد والعمامة والسرج والدابة في ذكر الباء، وكالسيف والغمد في ذكر في على الأصح.

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٣١٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٩٢)، وأسنى المطالب (٥/ ١٣٩).

(٢) لم نجد مصدراً يبين بدقة الفرق بينهما، والظاهر أن التمثيل ذكر شيء يشترك مع ما سبق كاملاً، والتنظير ذكر شيء يشترك مع ما سبق من بعض الوجوه.

(٣) طرَّز الثوبَ ونحوَه: زيّنه بالخيوط الملوّنة أو الصور بواسطة شغل الإبرة. معجم اللغة العربية المعاصرة (٢/ ١٣٩٥)

(٤) العرش: السّقف وَمِنه قَول الله جلّ وَعز: وهِيَ خاوية على عروشها. غريب الحديث لابن قتيبة (٢/ ١٣).

(٥) النجم الوهاج في شرح المنهاج (٥/ ١٠٩).

(٦) (المُطرَفُ) بِضَمِّ الميمِ وَكَسرِهَا وَاحِدُ (المَطَارِفِ) وَهِيَ أَردِيَةٌ مِن خَزٍّ مُرَبَّعَةٍ لَهَا أَعلَامٌ وَأَصلُهُ الضَّمُّ. مختار الصحاح (١٨٩).

وذكرُ الخاتم مطلقاً[1] يوجب دخول الفصّ؛ إذ به قوامه[2]، ولا يُسمع دعوى عدم إرادته عند الإطلاق؛ اتِّباعاً للعرف.

والإقرار بالجارية مطلقاً لا يكون إقراراً بحملها؛ لإمكان أن يكون مضى به[3]، هكذا قالوا.

وهذا يخالف قولهم: كُلُّ ما يدخل في مطلق البيع يدخلُ في مطلق الإقرار[4].

(**ولو قال: " له في ميراث أبي ألف درهم " فهو إقرارٌ على أبيه بالدين**) فيلزمه الأداء من التركة، فلو لم يساعده سائر الورثة فيؤدّي في نصيبه بقسطه، إن نصفاً فنصفٌ، وإن ربعاً فربعٌ، وغير ذلك.

(**ولو قال: " في ميراثي من أبي " فهو وعد هبة**) لأنَّه يقتضي أن يكون الميراث له، وما هو له فلا يجعل لغيره، نصّ عليه الشافعي رحمه الله في الأمّ[5]، بخلاف الصورة الأوّلى حيث لم يضف إلى نفسه وجعل له جزءاً منه.

ومنهم من حكى طريقاً من [أنّ الأوّل] منصوصٌ في الإقرار، والثاني على القولين فيما إذا قال: " له في مالي ألف " وجعلوا الأصحّ فهماً الإقرار[6].

[نتائج إقرار تعتمد على علم النحو]

(**فصل: لو قال عليَّ درهمٌ درهمٌ لم يلزمه إلا درهمٌ**) ولو كرر مرات كثيرة؛ لأنّ الظاهر في التكرار بلا توسط عطفٍ التأكيدُ (**ولو أدخل الواوَ**) وقال: عليّ درهمٌ ودرهمٌ (**لزمه درهمان**)؛ لما ذكروا من أنّ العطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه. وذكر الواو على الغالب، وإلاّ فالعطف بثمّ والفاء كذلك.

---

(١) أي: من غير ذكر قيد شئ معه فإنّه في هذه الحالة يوجب دخول الفصّ معه.

(٢) (٣) والقوام: بالفتح والكسر، أي: عماده الذي يقوم به وينتظم، ومنهم من يقتصر على الكسر،..، والقوام بالكسر ما يقيم الإنسان من القُوت، والقوام بالفتح: العدل والاعتدال. المصباح المنير (٣٠٩).

(٣) كذا في النسخ ولم نفهم المراد، ولم نظفر بالعبارة البديلة.

(٤) لم نجد مصدره.

(٥) قال: العزيز (٥/ ٣١٩).

(٦) العزيز (٥/ ٣٢٠).

وقيل: الفاء قد تجيء زائدة لتزيين الكلام، فيتوقف لزوم الدرهمين على إرادة العطف.

(ولو قال: عليَّ درهمٌ ودرهمٌ ودرهمٌ)- كررّ ثلاثاً -**(لزمه بالأوّلين درهمان)**؛ عملاً لمقتضى العطف **(ولا يلزمه بالثالث)** المكررّ **(درهم ثالث)** إن أراد بالثالث تأكيد الثاني؛ إذا التأكيد تكرير اللفظ الأوّل، واللفظ الأوّل مع الواو فكأنه كرره مع العاطف.

(ويلزمه) بالثالث **(ثالثٌ إن أراد ثالثةً)** أي: أراد بالثالث استئنافَ الكلام[1].

(وكذا) يلزمه ثالث **(لو أراد بالثالث تكرارَ الأوّل أو أطلق على الأصحّ)** من الوجهين: أمّا في ما إذا أراد تكرار الأوّل؛ فلأنَّ نيةَ التأكيد مع تخللّ الفاصل[ملغاةٌ].

وأمّا إذا أطلق؛ فللأخذ بمقتضى اللفظ؛ لأنّ كلّ واحد يقتضى لزومَ واحد.

والثاني: في التكرار يعمل بإرداته وهذا الفاصل غير حصين؛ إذ قد يقع الفاصل بين المضاف والمضاف إليه مع شدة[اتصالهما]فبين المؤكِّد والمؤكدَ بالطريق الأولى.

[وفي الإطلاق يحمل على تأكيد الثاني]؛ أخذاً باليقين.

وحكى الجلاليُّ طريقةً: أنّ الثانيَ في إرادة التكرار وجهٌ، وفي الإطلاق قولٌ[2].

(ومهما أقرَّ بمبهم كالشئ والثوب) فالأوَّل مبهم في الجنس والنوع والشخص[3]، **والثاني** مبهم في النوع والشخص دون الجنس **(طولب بالتفسير)** في الأوّل **(والتعيين)** في الثاني، فيفسر الشيء بما أراد، بمال أو ما هو في جنسه، أو ما يجوز اقتناؤه، يعين الثوب بالنوع والشخص ولا يكفى تعيين النوع؛ لكثرة التفاوت بين أصناف النوع[4].

---

(١) الاستئناف في اللغة: ابتداء الشئ. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٣٠)، والمصباح المنير (٢٠).

(٢) عبارة كنز الراغبين بحاشيتي قليوبي وعميرة» (٣/ ١٢): «وَفِي وَجهٍ يُعمَلُ بِهَا وَفِي قَولٍ مِن طَرِيقَةِ الإِطلَاقِ لَا يَلزَمُهُ ثَالِثٌ، وَيُحمَلُ عَلَى التَّأكِيدِ أَخذًا بِاليَقِينِ»

(٣) المبهم من الكلام: الغامض لا يتحدّد المقصود منه. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٧٤)، مادة: (بَهَمَ). والجنس كلي يشتمل على أفراد مختلفين بالحقائق، والنوع كلي يشتمل على أفراد متحدين بالحقائق، والشخص جزئي يعرف بصفاته المشخصة، فالشيء جنس مبهم، والثوب جنس غير منهم، وثوب قطن نوع، وهذا الثوب شخص. المعلق.

(٤) الصّنف من الشئ: ضَرب منه متميز و-الصفة و-النوع، جمعه: أصناف وصنوف. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٥٢٦).

(**فإن امتنع**) من التفسير والتعين (**فالأظهر**) من الوجهين (**أنه يحبس**)؛ لامتناعه عن أداء الواجب عليه[١]، وعلى هذا فيمتدّ حبسه إلى أن يفسر أو يعيّن وإن توقف أربعين سنةً.

وقيل: يكره عليه بعد سبعة أيّام ليصدُق فيما أقرّ به.

والثاني: لا يحبس؛ لإمكان حصول الغرض بدون الحبس.

وعلى هذا فلا خلاف في جواز الإكراه عليه، ولا تظنن أنّه أُكره على الإقرار وإقرارُ المكره على الإقرار باطل؛ لأنّ ذلك الإكراه على الصدق [بالإقرار، أي: بما يقرّ به]، وقد بيّنّا ذلك في إقرار المكره.

وإن مات قبل التفسير أو التعيين طولب به وارثه، ويحجر عليه في التركة إلى البيان.

(**وإذا فسَّرَ**) المِقرُّ المبهمَ (**بتفسيرٍ صحيحٍ**) أو بما يجوز أن يفسره الشئ مما مرّ، دون ما لا يجوز كالخمر والخنزير والمائع المتنجس (**ولم يصدِّقه المقَرُّ له**) قائلاً: إنّ هذا ليس حقى بل عليك غيرُ هذا (**فيبين**) المقَرُّ له جنس حقه وقدره وصفته (**وليدّعِ**)؛ لأنّ دعوى المجهول غير مسموع[٢]، فإن أصرّ على التكذيب ولم يبيّن حقَّه فيُلزمه الحاكمُ الرضاءَ بما فسرّ أو الإعراضَ عنه (**والقول قول المفسِّر في نفيه**) أي: نفيِ مازاد بالتعيين مع اليمين.

فإن أقرَّ المقرُّ بمائة درهم وقال المقَرُّ له: " بل هى مائة دينار " وادعى بها فإن حلف المِقرُّ فليحلف على أنّه ليس عليه مائةُ دينار ولا شىء منها، فإذا حلف بطل إقراره بردّ المقَرِّ له، ولا يخرَّج على الخلاف في تكذيب المقرّ له. والفرق ظاهر.

ولو كانت المسألة بحالها: فقال المقَرُّ له: " هى مائتا درهم " حلف المِقرّ أنّه ليس عليه إلا مائتا درهم فيؤديها وتسقط الزيادة.

[حكم تكرار الإقرار]

(**فصل: لو أقرَّ لزيد يوم السبت بألفٍ واقرّ له يوم الأحد أيضاً**) أي: بالفٍ (**لم يلزمه**

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٣٠٣).

(٢) أي: من قِبَل الحاكم في المحكمة أو عند المحكّم الذى رضيا بحكمه.

إلا ألف واحدُ)؛ لأنّ الإقرار إخبارٌ عن ثبوت حق سابق ولا يلزم من تعدد الإخبار تعدد المخبر عنه[١].

(**ولو اختلف القدر**) في اليومين بأنّ أقرَّ في يوم بألفٍ وفي يوم بخمسمأة مثلاً (**دخل الأقلّ في الأكثر**)؛ لجواز أن يُقِرَّ بكلّ شئ بعد الإقرار ببعضه، وبالعكس.

وقيل: لم تدخل ولزماه؛ لأنّ اختلاف القدر في الأخبار مشعرٌ بالإنشاء.

(**نعم**) الأمر كما ذكر من أنّه لا يلزمه في الصورتين إلا ألفٌ (**لو وصفهما**) الألفين أو الأكثر أو الأقلّ (**بصفتين مختلفتين**) كالزيف والبهرج، والصحاح والمكسرة[٢] (**أو أسندهما إلى جهتين مختلفتين**) بأن قال في يوم: عليّ ألف في ثمن عبدٍ، وفي يوم: عليَّ ألف[اقترضت]منه (**لزماه**)؛ لامتناع الاتحاد؛ لاستلزامه اجتماع الضدين[٣]على محلّ.

فلو قيدّ أحدَهما وأطلق الآخرَ فالمطلق محمولٌ على المقيَّد[٤]، ولا يلزمه إلا المقيَّد.

وقوله: "مختلفتين" من قبيل "يطير بجناحيه"؛ لأنّ الصفتين لا تكونان [مختلفتين][٥].

(**وكذا**) يلزمه القدران (**لو قال: قبضتُ يوم السبت عشرة، ثمّ قال: قبضتُ يوم الأحد عشرة**)؛ لأنّ اتحاد القبضين في تأريخين مختلفين غيرُ ممكن، فيعمل في كل بمقتضاه، ومن المعلوم أنّ عدم اللزوم فيما لا يلزم القدران ما إذا لم يرد الإنشاء في كلّ إقرار، وإلا فكلٌّ إقرارٌ مستقلٌّ. (والله أعلم).

***

---

(١) وبه قال مالك واحمد، خلافاً لأبي حنيفة فيما إذا كتب صكين، واشهد عليهما. العزيز (٥/ ٣٢٥).

(٢) الزَّيفَ مَا يَرُدُّهُ بَيتُ المَالِ، وَالبَهرَجُ مَا تَرُدُّهُ التُّجَّارُ: المغرب في ترتيب المعرب (٢١٥)، وكانت الدراهم والدنانير من الذهب والفضة شبه خالصة، فكانت تتأثر بالاستعمال، وتنمحي كتاباتها ونقوشها وبذلك كانت قيمتها في السوق تختلف، فالممحوة نقوشها تسمى مكسرة، والثابتة نقوشها تسمى صحاحاً.

(٣) الضدان: صفتان وجوديتان يتعاقبان في موضعٍ واحدٍ يستحيل اجتماعهما كالسواد والبياض. ينظر: التعريفات (٧٩).

(٤) المطلق هو ما يدلّ على واحدٍ غير معينّ.والمقيد هو ما قيد ببعض صفاته.: التعريفات (١٢٠)، و (١٢٦).

(٥) في أن الصفة تأكيد لمعنى الموصوف فالصفتان لا تكونان إلا مختلفتين كما أن الطائر لا يطير إلا بجناحين. معاني النحو، الدكتور فاضل صالح السامرائي، الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م) -دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع: (٤/ ١٣٢).

حكم تعقيب الإقرار بمناف محرّم أو فاسد

(**فصل**) في بيان تعقيب الإقرار بما يُنافيه ويَرفعه (**إذا قال: لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو كلب، أو: عليَّ ألف قضيته، فأصحّ القولين أنّه يلغو أخر كلامه**) ويصحّ ويلزمه الألف؛ تفريقاً بين أوّل الكلام وآخره، فيعمل بأوّله ويطرح آخره؛ كما لو قال: "عليّ ألف لا يلزمنى"؛ بجامع أنّ في كلّ منهما تعقيبَ الإقرار بما يرفعه وينافيه.

والثانى: لا يلزمه شيء؛ لأنّ الجميع كلام واحد لا يفصل أوَّلُه عن آخره في الحكم، ولذا لا يُحكم في " لا إله إلا الله " بأنّ أوّله كفر وآخره إيمانٌ، ولأنّه قد وصل بأوله ما هو محتمل غير محال، فهو كما لو قال: أنتِ طالقٌ إن شاء الله[1].

وعلى الأوّل لا فرق بين أن يكون آخره متصلاً بأوَّله أو منفصلاً عنه، لكن محلّ الخلاف في الاتصال دون الانفصال.

وللمقِرِّ تحليف المقَرِّ له على أنّه لا يعلم أنّه في هذه الجهة، أو لا يعلم أنّه قضاه، فإن حلف فالأمر كما ذكر، وإن نكل وحلف المقِرُّ فهو كما لو أَقام البينةَ على ما قاله، فلا يلزمه شيء.

(**ولو قال: " عليّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه**) بعدُ (**إذا سلَّمه البائع سلَّمتُ**) الألفَ ثمناً " (**فالأصحُّ**) من الطريقين (**القبولُ وثبوته ثمناً**)؛ لاحتمال ذلك، بل هو الغالب في المعاملات،[فقوله] حملٌ على الغالب.

وعلى هذا فلا فرق بين المفصول عن الإقرار والموصول به.

والطريق الثاني: طرد القولين السابقين: أحدهما هذا.

والثاني: لا يقبل ويلزمه [الألف] بلا عبد؛ عملاً بأوّل كلامه.

(**ولو قال: " عليّ ألف إن شاء الله " لم يلزمه شيءٌ على الصحيح**) من الطريقين قولاً واحداً، لأنّ المعلق عليه غير معلوم، والأصل براءة الذمة[2].

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٣٣٢).

(٢) ينظر: العزيز (٥/ ٣٣٤).

والطريـق الثـاني: طـرد القولـين السـابقين، والقـائـل بالوجـوب يعمـل بـأوّل كلامـه ويلغـو آخـره.

والتقييـد بمشـيئة الله يوهـم أنّـه لـو علّـق بمشـيئة مـن يمكـن الاطـلاع عـلى مشيئه كمشـيئة زيـد مثـلاً -وشـاء- لـزم، ولـيس كذلـك؛ لأنّ المشيئة لا يسـتلزم نقـل الملـك، لكـن لـو علّـق شـهادته فشـهد لـزم وإن لم يكـن سـواه ولم يحلـف معـه المدعـي؛ لأنّ الشـهادة ممـا يسـتلزم نقـل الملـك في الجملـة.

(**ولـو قـال: "لفـلان عـليّ ألـفٌ لا يلزمنـي" لزمـه**)؛ لعـدم انتظـام كلامـه وتنـافي جزئيـه، فيعمـل بأوّلـه ويلغـى آخـره، ولا يحمـل عـلى السـخريّة؛ لعـدم اقتضـاء الحـال فيكـون عبثـا محضـاً لا يصـدر عـن العقـلاء[1] .

(**ولـو قـال: "عـليّ ألـفٌ لفـلان" ثـم جـاء بعـد ذلـك**) الإقـرار (**بألـفٍ وقـال: أردتُ هـذا**) **الألـف** (و) الحـال (**هـو وديعـة، وقـال المقـرّ لـه: لي عليـك ألـفٌ آخـرُ دينـاً**) وهـذا وديعـةٌ يلزمـك ردُّهـا (**فالمصـدَّق**) باليمـين (**المقِرُّ في أصـحّ القولـين**) فيحلـف أنّـه لـيس عليـه ألـف آخـر إنّـما هـو هـذا وهـو وديعـة؛ لأنّ كلمـة " عـليّ " قـد يجـئ بمعنـى "عنـدي" فيحمـل عليـه؛ كـما في قولـه تعـالى: ﴿ وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنبٌ فَأَخَافُ أَن يَقْتُلُونِ ﴾ (الشعراء: ١٤) أي: عنـدي، فـلا يكـون "عـليّ" هنـا للإيجاب.

والثـاني: أن المصـدق هـو المقَـرُّ لـه؛ نظـراً إلى أنّ كلمـة " عـليّ " للإيجـاب، فـلا تصـدق عـلى التفسـير بالوديعـة؛ لأنّـه لـيس بواجـب عليـه.

وأجيب بأنّه يمكن أن يراد الوجوبُ في حفظ الوديعة.

(**فـإن كـان قـد قـال**) حـين ادعـى أنّـه وديعـة: (**في ذمتـي**) ألـف (و) كان الألـف (**دينـاً**) فالأصـحّ مـن الطريقـين قـولا واحـداً (**أنّ المصـدَّق المقَـرّ لـه**) بيمينـه، فيحلـف أنّ عليـه ألفـاً آخـر؛ لأنّ الأعيـان لا توصـف بكونهـا في الذمـة أو دينـاً، والودائـع منهـا.

والطريق الثاني فيه وجهان: **أحدهما**: يوافق الطريق الأوّل.

---

(١) العبث: ارتكاب أمر غير معلوم الفائدة، وقيل: ما ليس فيه غرض صحيح لفاعله. المصدر السابق (ص٨٣).

والثاني: أن المصدَّق هو المقرّ؛ لأنّه المتيقّن، والأصل براءة الذمة عن آخر، وقوله:[١] "في ذمتي أو ديناً" يحمل على أنّه يريد: لو تلف بتعدٍّ منّي.

قال المصنف في الشرح الكبير: وإذا قبلنا التفسير بالوديعة بالأصح في الصورة الأولى أو بالثاني في الثانية فالأصحّ أنّها أمانة، فيقبل دعواه في التلف والرّدّ بعد الإقرار[٢].

وقال الإمام ناقلاً عن المراوزة: إنّها وديعة لكنها مضمونة؛ لأنّ كلمة "علىّ" إنّما تصدق إذا تعدَّى في الوديعة وصارت مضمونة[٣]. وهذا مقابل الأصحّ.

وأجيب بأنّه يصدق على وجوب حفظها.

وإنّما قيد الرد والتلف بقوله: "بعد الإقرار"؛ لأنّه لو ادعى التلف أو الرد قبل الإقرار بأن قال: "أقررتُ بها وهى تالفة أو مردودةٌ قبل إقرارى" لم يقبل دعواه؛ لأنّ التالف والمردودة لا يكون عنده ولا عليه ولا في ذمته، فيلزمه بكلمة "علىّ" غرامة ألف[٤].

ولو قال: "عندي أو معى أو لدىّ أو في بيتى أو مسكني له ألفٌ" صُدِّق في دعوى التلف والردِّ بعد تصديقه في الوديعة باتفاق المصنف والإمام؛ لأنّ هذه ألفاظ [مشعرة] بالأمانة[٥].

ولو لم يؤخر قوله: "وهو وديعة "عن الإقرار بل قال: " له علىّ ألف وديعة " قُبل، وأُوِّلت "علىّ" بوجوب الحفظ، وعلى هذا فلو ادّعى التلف أو الرد بعد الإقرار قُبل عند المصنف دون الإمام[٦].

(**ولو أقرّ ببيع**) بأن قال: هذا مبيع من فلان (**أو هبة**) بأنّ قال: "وهبت هذا من فلان" (و) أقرّ (**بإقباض**) في الهبة (**ثم قال**) بعد الإقرار: (**كان**) ذلك البيع والهبة (**فاسداً لخلل**) في الشرائط (**وأقررتُ به؛ لظنّيَ الصحة**) ثم بان لي فساده بإخبار مَن يعرف الفساد والصحة (**لم يُقبل**) قوله في الفساد (**ولم يصدَّق**)؛ لأنّ الظاهر من العقود

---

(١) أي: قول المقر.
(٢) ينظر: العزيز (٥/ ٣٣٧).
(٣) ينظر: العزيز (٥/ ٣٣٧).
(٤) الغرامة: الخسارة و- في المال: مايلزم أداؤه تأديباً أو تعويضاً. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٥١).
(٥) نهاية المطلب (٧/ ٧٦).
(٦) العزيز (٥/ ٣٣٨).

جريانها على الصحة، ودعوى الفساد يخالف الظاهر، فلا بدّ لإثباته من حجة قوية وهي البينة (**لكن له**) أي: للمقِرّ (**تحليفُ المقَرِّ له**) على نفي العلم بالفساد.

(**فإن نكل على الحلف حلَف المقرُّ**) على الفساد بتّاً (**وحُكِم ببطلانه**) أي: البيع أو الهبة؛ تغليباً للبيع، أو إبطال العقد ليشملها؛ لأنّ اليمين المردودة بمنزلة إقرار الرادّ أو بمنزلة بيّنة المردود عليه، وكلٌّ منهما يفيد صدق المقرِّ، فيلزم على المتّهب[1] أو المشترى ردُّ ما أخَذ بزوائده المنفصلة أو المتصلة[2]؛ لبطلان العقد من الأصل.

(**ولو قال: هذه الدار لزيد، لا بل لعمرو، أو قال: غصبتها من زيد، لا بل من عمرٍو سلّم الدار**) إلى زيد؛ لمقتضى قوله: هذه الدار لزيد سبق كونها ملك زيد على إقراره ولا خلاف في ذلك.

(**وأصحُّ القولين أنّ المقرّ يغرم قيمتها**) بالغةً ما بلغت (**لعمرٍو**)؛ لأنّه ثبت بإقراره لعمرٍو ثانياً كونها ملك عمرو وقد حال بين عمرو وبين الدار بإقراره بها لزيد أوّلاً فيغرم غرامة الحيلولة.

والثاني: لا يغرم قيمة الدار **لعمرٍو**؛ لأنّه لا يحتمل مالكان على ملك واحد من غير تشريك، فيكون الدار لزيد ويصادف الإقرارُ بها لعمروملكَ زيد، والإقرار بملك الغير لغيره باطلٌ، ولأنّ الإقرار لعمرٍو رجوعٌ عن الإقرار لزيدٍ، ولا يقبل رجوعه فيكون **الإقرار لعمرٍو** كتعقيب الإقرار بما يرفعه، فيصحّ أوَّلُه ويلغو آخرُه.

***

(فصل:) في الاستثناء

اعلم أنّ الاستثناء من محاورات الفصحاء ومقاولات[3] البلغاء.

وقد ورد به الكتاب والسنة.

---

(١) أي: الذي قبل الهبة.

(٢) الزوائد المنفصلة: هي الزوائد التي انفصلت عن الأصل وهي كالصوف والثمرة وغيرهما، والزوائد المتصلة: هي الزوائد التي اتصلت بالأصل وهي كالسمن للدابة، والخياطة للثوب مثلاً. ينظر: الفقه المنهجي (٣/ ٢٤).

(٣) عطف تفسير للمحاورات. منه. بهامش المخطوطة (٣١٧٢) اللوحة (١٠٥٠٠).

ويجوز استثناء الأكثر من الأقلّ والأقل من الأكثر، وبكلٍّ ورَد القرآنُ؛ قال الله تعالى: ﴿ إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَـٰنٌ إِلَّا مَنِ ٱتَّبَعَكَ مِنَ ٱلْغَاوِينَ ﴾ (الحجر: ٤٢) [١] هو استثناء الأكثر من الأقلّ؛ لأنّ الذين اتبعوه أكثر العباد، وقال الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا نُوحًا إِلَىٰ قَوْمِهِۦ فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا فَأَخَذَهُمُ ٱلطُّوفَانُ وَهُمْ ظَـٰلِمُونَ ﴾ (العنكبوت: ١٤)[٢]، هو استثناء الأقلّ من الأكثر، وورد جوازه في الأقارير والطلاق، فأثبته الأئمةُ في كتبهم؛ للاهتمام.

شروط صحة الاستثناء

(**يصحّ الاستثناء في الإقرار**) إذ ربما يتكلم المقرّ بشيء ظاناً أنّ كله لفلان ثم يتذكر أنَّ بعضه لا يلزمه فيتدارك ذلك البعض الاستثناء، فلو لم يصح لوقع المقر في الغبن، والمقر له في الحرام باطناً (**بشرط أن يكون متصلاً**) بحيث لا يقع بين المستثنى والمستثنى منه كلامٌ أجنبيٌّ أو سكوتٌ فوق سكوت التنفّس والعيّ[٣] فإذا انفصل لمثل ذلك بطل الإستثناء؛ لأنّ تمام الكلام ببلوغه آخره فإذا انقطع الكلام فقد تمّ فالاستثناء بعده لا يلحقه، ولأنّ فصله وعوده على الاستثناء مشعرٌ بندمه على ماصَدَر منه فهو كالرجوع عنه فلا يقبل، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**من حلف وقال: إن شاء الله متصلاً بيمينه**»[٤] فلا يشترط الاتصال في المشيئة وأنّها استثناء بالاتفاق.

---

(١) السلطان: الحجة، الغاوين: أي: ممن غوى وهلك. ينظر مفردات القرآن لمحمد حسن الحمصي/ مط:دارالرشيد دمشق.

(٢) سورة العنكبوت الآية: (١٤). ٢٧٢٦ (٨٠) ٣١٧٢ ٢٨٣

(٣) (العِيُّ) بكسر العين المهملة التحيُّر والاحتباسُ في الكلام والعجزُ. ينظر: المفاتيح في شرح المصابيح المؤلف: الحسين بن محمود بن الحسن، مظهر الدين الزَّيدَانيُّ الكوفي الضَّريرُ الشِّيرازيُّ الحَنَفيُّ المشهورُ بالمُظهِري (ت: ٧٢٧ هـ)، تحقيق ودراسة: لجنة مختصة من المحققين بإشراف: نور الدين طالب، الطبعة: الأولى (١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م) (٥/ ١٦٦)- دار النوادر، وهو من إصدارات إدارة الثقافة الإسلامية - وزارة الأوقاف الكويتية، وشرح المصابيح لابن الملك (٥/ ٢٢٨).

(٤) وتمام الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**من حلف على يمين فقال: ان شاءالله فقد استثنى.**» رواه أبو دادود، و النسائي، والحاكم عن ابن عمر ينظر: صحيح الجامع الصغير وزيادته تأليف محمد ناصر الدين الالباني ٢/ ١٠٦٧، مط: المكتب الاسلامي بيروت لبنان/ ط:ثالثة (١٤٠٨هـ ١٩٩٨م).

(ويشـترط أن لا يكون) الإسـتثناء **(مسـتغرقاً)** للمسـتثنى منه أي: لا يسـاوي المسـتثنى منه، بـأن لا يكـون المسـتثنى و المسـتثنى منـه متسـاويي المقدار[1] **(فلو قـال: "عليّ عـشرةٌ إلّا عشرةً" لزمـه العـشرة)** ولغا الاستثناء؛ لأنّ الاسـتثناء في عـرف الفقها هو التكلم بالباقى بعـد الثُنيّاً[2] ولا باقـى هنـاك فـلا يكون استثناءً بل رجوعـاً، والرجوع من الإقـرار لا يصح.

وفي وجهٍ ضعيف: جوازُه وعدمُ لزوم العشرةِ ولا شيء منها؛ نظراً إلى ظاهر اللفظ.

ولمـا كان الإسـتثناء نفيـاً لبعـض مـا يقتضيـه اللفـظ الأوّل جعلـه الأئمـة بمنزلـة النفـي، ولـذا قالـوا: هـو مـن الإثبـات نفـيٌ ومـن النفـي إثبـات **(فلـو قـال: عـليّ عـشرة إلا خمسـة لزمـه خمسـة)**؛ لأنّهـا منفيـة عـن مثبـت والمثبـت عـشرة وهـى نصفهـا **(ولـو قـال: "عـليّ عـشرة إلا تسـعة إلا ثمانيـة" فعليـه تسـعة)**؛ لأنّ المعنـى: عـليّ عـشرة إلا تسـعة لا يلزمنـى منهـا، إلا ثمانيـة يلزمنـى مـن تسـعة، فيلزمـه تلـك الثمانيـة والواحـدة الباقـى مـن العـشرة[أولاً] يضـمّ إليهـا فيكـون تسـعة.

(ويصـحّ الاسـتثناء مـن غـير الجنـس)؛[3] لوقـوع ذلـك في محـاورات العـرب وفي الكتـاب والسـنة،[4] ويكون إلا فيـه بمعنـى لكـنَّ **(كـما إذا قـال: عـليّ ألـف درهـم إلا ثوبـاً)** جـاز؛ لمـا ذكرنـا، فكأنّـه قـال: ألـف درهـم لكـن يؤخـذ منهـا ثمـن ثـوب، أو: لا يكـون منهـا ثمـن

---

(١) أي: أن لا يكون المستثنى و المستثنى منه متساويين في المقدار كالأربعة والأربعة والخمسة والخمسة .

(٢) (والثُنيا) بضـم المثلثة اسـم مـن الاسـتثناء. اللامـع الصبيـح بـشرح الجامـع الصحيـح المؤلـف: شـمس الديـن البِرمـاوي، أبـو عبـد الله محمـد بـن عبـد الدائـم بـن موسـى النعيمـي العسـقلاني المصري الشـافعي (المتـوفى: ٨٣١ هـ)، تحقيـق ودراسـة: لجنـة مختصـة مـن المحققـين بإشراف نـور الديـن طالـب، الطبعـة: الأولى، ١٤٣٣ هــ - ٢٠١٢ م)- دار النـوادر، سـوريا: (٨/ ٣١٨).

(٣) أي: غـير جنـس المسـتثنى منـه وهـو المنقطـع قـال الرافعيّ: الإسـتثناء من غير الجنـس صحيـح، ، وقـال مالكُ وأبو حنيفـة لا يصـحّ إلا المكيـل والمـوزون والمعـدود، وقـال أحمـد: لا يصـحّ ذلـك بحـال. وقـال في المغنـي: فصـل: ولا يصحّ الاسـتثناء إلا أن يكـون متصـلاً بالـكلام. انتهى. ينظـر: العزيـز: (٥/ ٣٤١)، وبلغة السـالك : (٣/ ٤١٥).

(٤) أمـا في القـرآن فمثـل قولـه تعالى: ﴿ فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِّيٓ إِلَّا رَبَّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴾ (الشـعراء: ٧٧) وغيرها مـن الآيات التى وقع فيهاالاسـتثناء، وأمـا في السـنة فكقولـه عليـه الصـلاة والسـلام: «مَـن سـمع النـداء فلـم يـأت فلا صـلاة له إلا مِـن عذر» رواه ابـن ماجـه والـدار قطنـى وابـن حِبّـان والحاكـم واسـناده عـلى شرط مسـلمٍ لكـن رجّـح بعضهـم وقفـه. هـذا وغيره مـن الأحاديـث الصحيحـة. ينظـر: سـبل السـلام للصنعانـى: تحقيـق حـازم علي بهجـت مـط: دار ألفكر بـيروت/ لبنان ط: (١٤١٩هــ١٩٩٨م): (٢/ ٥٥٦).

ثـوب أو قيمتـه، **(وعليـه)** أي: عـلى المقـرّ **(أن يبـيّن ثوبـاً لا يسـتغرق قيمتُـه الألـفَ)** ويكفـي بقـاء متمـول، فلـو بيّن ثوبـاً قيمتـه ألـف كفـى البيـان ولـزم الألـف لأنّـه بـين مـا أراده فكأنـه تلفـظ بـه وقـال علـيّ ألـف إلا ألـف فيكـون رجوعـاً عـما قـال فـلا يقبـل.

وقيـل: لا يبطـل بـه الاسـتثناء حتـى يلـزم الألـف في الحـال بـل يقـال لـه: بـين ثوبـاً غـير مسـتغرق وإلا يلزمـك الألـف، هكـذا أفهمـه كلام الجـلاليّ[١].

(والأصـحّ) مـن الوجهـين **(صحـة الاسـتثناء مـن المعـيَّن)**؛ لجـواز أن يكـون ذلـك المعّـين مبعضـاً بـين المقِـرِّ والمقَـرِّ لـه بالنصيـب المعـيَّن دون المشـاع[٢]، فيحتـاج إلى الاسـتثناء فيـه كـما في الديـن[٣].

والثـاني -وبـه قـال الإمـام وقطـع بـه الغـزالى-: أنّـه لا يصـحّ؛ لأنّـه غـير معتـاد، والمعتـاد الاسـتثناء عـن غـير المعـين[٤].

وحكـم الجلاليُّ بشذوذ هذا الوجه[٥]، وليس كذلك.

وعـلى الأوّل **(مثـلُ أن يقـول: هـذه الـدار لفـلان إلا هـذا البيـت)** منهـا، **(أو)** قـال **(هـذه الدراهـم)** لفـلان **(إلا هـذا الواحـد)**، وهـذا القطيـع[٦] إلا هـذه الشـاة صـحَّ؛ لمـا ذكرنـا.

فلـو قـال: "هـذا القطيـع لـه إلا شـاةً واحـدة" ولم يعينهـا في الاسـتثناء قـال المصنـف [رحمـه الله تعـالى] في الكبـير: قُبـل منـه وروجـع إليـه للبيـان فأيُّهـا بيَّنهـا فهـى المسـتثناة، ولـو هلكـت إلا واحـدة وزعـم المقـرُّ أنهـا المسـتثناة صـدِّق بيمـين أنّهـا التـى اسـتثناها عـلى الأصـحّ، وقيـل: لا يصـدَّق؛ لتهمتـه[٧]. والله أعلـم.

***

---

(١) فقد قال: "وَقِيلَ لَا يَبطُلُ فَيُبَيِّنُهُ بِغَيرِ مُستَغرِقٍ"، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ١٥).

(٢) المشاع في اللغة: هو الشائع، و-المشترك المبهم الذى لم يحدّ. المعجم الوسيط (٢/ ٥٠٤).

(٣) ينظر: مغنى المحتاج (٣/ ٣٠٣).

(٤) ينظر: الوسيط (٣/ ٣٥٤).

(٥) ينظر: حاشيتا قليوبى وعميرة على شرح جلال الدين على المنهاج (٣/ ١٥)

(٦) القطيع: الطائفة من الغنم والنعم وغيرهما جمعه: قُطعان. ينظر: المصباح المنير (٣٠٢).

(٧) ينظر: العزيز (٥/ ٣٤٧).

الإقرار بالنسب

(**فصل: إذا أقرّ**) مستجمعٌ لشرائط صحة الإقرار (**بنسب غيره**[1] **فلا يخلو من أن يُلحقه بنفسه**) بأن يقول: هذا ولدي (**أو يلحقه بغيره**) بأن يقول: هذا أخي " فإنّه يلحقه بأبيه، أو: هذا عمّي فيلحقه بجده، أو ابن عمّي.

(**أمّا القسم الأوّل فيشترط لاعتباره**) لصحة إقراره والإصغاء إلى قوله (**أن يكون ما يدّعيه ممكناً**) في العقل لا يكذِّبُه الحسُّ[2] والعقلُ (**دون أن يكون المستلحق أكبر سناً منه أو في سنِّهِ**)؛ فإنّه يكذِّبه الحس والعقل.

ولو قال: " دون أن يكون في سنّ لا يتصور أن يكون ابناً للمستلحق " لكان أولى؛ ليشمل ما إذا لم يكبر منه تسع سنين؛ فإنّها أوّل زمان يمكن فيها الولد.

(**وأن لا يكذِّبه الشرع**)[3] وإن كان ممكنا في الحسّ والعقل، وتكذيبه (**بأن لا يكون المستلحق معروف النسب من غيره**)؛ إذ الأنساب مبنية على الظاهر الغالب، فإذا اشتهر نسب من أحد ثبت في حقه شرعاً، والثابت لأحدٍ لا ينقل إلى أحد شرعاً، ولا نظر للشرع في نفس الأمر؛ لأنّه مما يتولاه عالِمُ الأسرار.

(**و**)يشترط (**أن يصدِّقه المستلحَق إن كان من أهل التصديق**) بأن كان عاقلاً بالغاً؛ لأنّ في ثبوت النسب لزومَ النفقات، ووجوبَ الحقوق الرحمية، وثبوتَ[الولايةِ]وسائرِ الأحكامِ المتعلقة بالنسب، فاشترط **تصديق** المقَرِّ به؛ ليصير حجةً في حقه فيلزمهما الأحكام بتصادقهما.

(**فإن استلحق بالغاً**) عاقلاً (**فكذَّبه، لم يثبت النسب**)؛ لما ذكرنا (**إلّا أن يقيم**) مدّعي النسب (**البيّنة**)؛ فإنها حجة قوية يقطع بها جميع المنازعات، فيثبت به النسب أيضاً.

---

(١) النَسَب محرّكة، والنِّسبة بالكسر والضمّ: القرابة، أو في الآباء خاصّة. ينظر: القاموس (١٢٦).

(٢) الحواس الخمس هي البصر والسمع والذوق والشم واللمس وفعلها الحس بالحاء. مفاتيح العلوم، المؤلف: محمد بن أحمد بن يوسف، أبو عبد الله، الكاتب البلخي الخوارزمي (المتوف: ٣٨٧هـ) المحقق: إبراهيم الأبياري- دار الكتاب العربي: (١٦٠).

(٣) و"نفس الأمر" هو نفس الشيء من حدِّ ذاته. التعريفات الفقهية للبركتي (٢٣٠)

ولو قال: "فلم يصدِّقه" بدل قوله: "فكذّبه" لكان أولى؛ ليشمل ما لو سكت عن التصديق والتكذيب؛ فإنّه لا يثبت النسب إلا بالبيّنة أيضاً.

والأحسن عبارة الروضة حيث قال: "فإن استلحق بالغاً فلم يصدِّقه لم يثبت نسبه إلا بالبيّنة. انتهى.

فإن كانت المسألة بحالها ولم توجد بيّنة حلّفه المستلحَق فإن حلف سقط دعواه، وإن نكل حلف المستلحِق وثبت نسبه"[1].

(**وإن استلحق صغيراً ثبت نسبه باتفاق**) منا؛ إذ لا مانع في الحال.

(**وأظهر الوجهين أنّه**) أي: النسب (**لا يندفع بأن يبلغ الصغير فيكذِّبه بعد البلوغ**)؛ لأنّ النسب محتاط فيه، فلا يندفع بعد الثبوت، فلا يتأثر بالإنكار[2].

والثاني: يندفع به؛ لأنّه إنّما حكم بنسبه؛ لكونه غير أهل للإنكار، وقد صار أهلاً للإنكار وأنكر.

ويجرى الوجهان فيما لو كان المستلحق مجنوناً في حال الاستلحاق ثم أفاق وأنكر.

(**ويصحّ استلحاق الصغير بعد موته**) سواء كان قبل الدفن أم بعده؛ لأنّ الصغير ليس من أهل الإنكار، فموته وحياته سّيان[3] في الاستحقاق، ولا يتّهم بطلب المال لو كان له مالٌ؛ إذ لا معارض له، ويرث منه مالَه؛ لأنّ مجرَّد الإمكان كافٍ في النسب.

(**وكذا**) يصح استلحاق (**البالغ**) بعد موته عند أكثرهم؛ لأنّه تعذّر تصديقه فصار كالصبيّ والمجنون والجنين[4]، ولا تعارض له، ومجرد الإمكان في النسب كافٍ.

وقطع الماوردى والصيدلانى بالمنع؛ لأنّ تصديق البالغ شرط ولم يوجد تصديق، وهذا مقابل الأكثر[5].

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٢/ ٦٠).

(٢) ينظر: المصدر نفسه (٤/ ٦١).

(٣) أي: مثلان، واحده سيٌّ بمعنى المثل. ينظر: المصباح المنير (١٨٠).

(٤) الجنين: وصف للطفل مادام في بطن أمّه ...، ...، فإذا ولد فهو منفوس. ينظر: المصباح (٧٠).

(٥) لم نجد المنع من الماوردي، وينظر: الحاوي الكبير (١١/ ٩٧)، والمهذب (٣/ ٤٨٤).

(ولو استلحق اثنان بالغاً ثبت نسبه لمن صدَّقه)؛ لأنّ تصديق البالغ يرجِّح صدق المستلحِق فيكون كقيام البيّنة.

فإن لم يصدق واحداً منها: بأن سكت عن التصديق والتكذيب أو كذَّبها عرض على القائف[1] فبأيّهما ألحقه لحِقَه، ثم لا يتأثر إنكاره؛ إذ النسب إذا ثبت لا يرفع.

(وإن كان) المستلحق **(صغيراً)** واستلحقه اثنان فسيأتي في كتاب اللقيط إن شاء الله تعالى، وحكم استلحاق المرأة والعبد مذكورٌ في اللقيط أيضاً.

(ولو قال لولد جاريته: "هذا ولدي" ثبت نسبُه عند الإمكان) وهو أن يكون بحيث لا يكذِّبه الحس والعقل ولا الشرع؛ إذ لا مانع، بل هو أولى؛ لقرب الاحتمال.

(وأقيسُ القولين) أي: أوفقُها للقياس والقواعد الشرعية **(أنّ الجارية لا تصير أم ولد)** للمقِرّ؛ لجواز أن أحبلها بالنكاح أو الشبهة ثم ملكها.

والثاني: يصير أم ولد؛ حملاً على ظاهر الملك، والحملُ على النكاح والشبهة احتمالٌ عقليٌّ والأصل عدمه. وهو قويّ جداً.

(وكذا الحكم) أي: لا تصير الجارية أمَّ ولد **(لو قال: "إنّه ولدي منها ولدَته في ملكي")**؛ لاحتمال سبق الحمل بالنكاح على الولادة في الملك.

والثاني: يحمله على أنّه أحبلها بالملك.

(فإن قال:) "هو ولدي منها **(علقَت به)** أي: حملت وانعقدت العلقة[2] به **(في ملكي" ثبت الاستيلاد)**؛ لأنّه قطع احتمال سبق الحمل على الملك بقوله: **"علقت به في ملكي"**.

(وإن كانت الجارية فراشاً) بأن كان يعاشرها ويخالطها معاشرة الأزواج للزوجات، أو أقرَّ بوطئها **(فالولد يلحقه بالفراش)** عند الإمكان **(ولا حاجة إلى الاستلحاق)**؛ لأنّ الظاهر أن يكون الولدُ له، وقد روى البخارى: أنه ﷺ قال في

---

(١) القائف: هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود. ينظر: التعريفات (٩٦).

(٢) العلقة: المنيّ ينتقل بعد طوره فيصير دماً غليظاً متجمداً. ينظر: المصباح المنير (٢٥٣).

ابـن أمّ زمعـة[١]: «**الوَلَـدُ لِلفِـرَاشِ**»[٢]،[٣]وفي روايـة النسـائى:[٤] «**وللعاهر الحَجَـرُ**»[٥].

(**وإن كانـت**) الجاريـة التـى يسـتلحق السـيدُ ولدَهـا (**مزوَّجةً لم يعتـدَّ باسـتلحاقه**) أي: لا اعتبـار باسـتلحاق السـيد، (**وكان الولـد للـزوج**)؛ بحكـم الفـراش.

(**والقسـم الثاني أن يُلحـق النسـبَ بغيره، مثل أن يقـول: هـذا أخـى**) فإنّـه إلحـاقٌ بأبيـه (**أو عمّـى**) فإنّـه إلحـاقٌ بجـده (**فثبـت نسـبه مـن الملحَـق بـه بالشرائـط المتقدمـة**) وهـو أن لا يكذّبـه الحـسُّ والشرع.

وشَرَط المصنـفُ أيضـاً أن لا يكـون الملحَـق بـه امـرأةً؛ لأنّ الـوارث قائـمٌ مقـام الملحـق به في ذلـك، وإلحاقُهـا غـيرُ مفيـد، فكـذا إلحـاقُ وارثهـا لها[٦].

(**ويشـترط أن يكـون الملحـق بـه ميتـاً**)؛ لأنّـه لـو كان حيّـاً فـلا بـدّ مـن اسـتلحاقه، وليـس لغـيره الإلحـاق بـه إلا إذا وكّلـه وقلنـا بصحـة الوكالـة فيـه عـلى رأي الكنجـوىّ[٧].

(**وأن لا يكـون قـد نفـاه في حياتـه في أحـد الوجهـين**)؛ لأنّ نفيـه إقـرارٌ برفـع النسـب، وإقرار

---

(١) نـازع سـعد ابـن مالـك عبـد بـن زمعـة في ابن وليـدة زمعة، واسـم هذا الغلام عبـد الرحمن، وأمُّه امرأة يمانية، وله عقـب بالمدينـة.. ينظـر: الأحكام الصغـرى (٢/ ٦٥٩)، والاسـتذكار (٧/ ١٦٢)، رقـم (١٤١٢)، وتهذيـب الأسـماء (١/ ٢٩٦)، رقـم (٣٤٧).

(٢) صحيح البخاري، رقم (٢٠٥٣)، ورقم (٦٧٤٩)، وصحيح مسلم، رقم (٣٦ - ١٤٥٧).

(٣) لقَولِهِ: «الوَلَـدُ لِلفِرَاشِ» مَعنيَـانِ: أَحَدُهُمَـا، وَهُـوَ أَعَمُّهُمَا وَأَولاهُمَا: أَنَّ الوَلَـدَ لِلفِرَاشِ مَا لَم يَنفِهِ رَبُّ الفِرَاشِ بِاللِّعَـانِ، وَالمَعنَـى الثَّـانِي: إِذَا تَنَـازَعَ الوَلَـدَ رَبُّ الفِـرَاشِ وَالعَاهِرُ، فَالوَلَـدُ لِرَبِّ الفِرَاشِ. اختـلاف الحديث (٨/ ٦٥٩).

(٤) بـل في روايـة البخاري ومسـلم أيضـاً، والسـنن الكبرى للنسـائي (٥/ ٢٨٦)، رقـم (٥٦٤٦)، والصغـرى (٦/ ١٨٠)، رقـم (٣٤٨٢).

(٥) "وَلِلعَاهِـرِ الحَجَـرُ" أَي: لِلـزَّانِي الخَيبَـةُ وَالحِرمَـانُ، وَالعَهَـرُ بِفَتحَتَـينِ الزِّنَـا، وَقِيـلَ يَختَـصُّ بِاللَّيـلِ، وَمَعنَـى الخَيبَـةِ هُنَـا: حِرمَـانُ الوَلَـدِ الَّـذِي يَدَّعِيهِ، وَجَـرَت عَـادَةُ العَـرَبِ أَن تَقُـولَ لِمَن خَابَ: "لَـهُ الحَجَـرُ"، و "بِفِيهِ الحَجَـرُ وَالتُّرَابُ" وَنَحوَ ذَلِـكَ. فتـح البـاري لابن حجـر (١٢/ ٣٦).

(٦) لم أجـده في العزيـز، وهـو للدمـيري في النجـم الوهـاج (٥/ ١٣٠)، ونصـه: "كل هـذا إذا كان الملحـق بـه رجـلًا، فـإن كانـت امـرأة فـلا؛ لأنّ اعترافهـا لا يقبـل على الصحيـح، كما ذكـره المصنـف- يقصد النـووي- في (كتـاب اللقيـط)، فـبالأولى اسـتلحاق وارثهـا" فالظاهـر: أنّ مـراد الشـارح: النـووي، أبدلـه النسـاخ بالمصنـف، أو: أن الشـارح نقـل مـن عبـارة النجـم ولم يبـدل كلمـة المصنـف.

(٧) لم نعثر على اسـم هذا الشـخص بعد التحرّى الشـديد إلا أنّه منسـوب إلى "كنجوية" وهي بلدة في إيران واسـمها الآن (پـاوه) عـلى الحـدود مـن كردسـتان العـراق، وقـد تكـرر هـذا الاسـم مـن الشـارح، ولعله يقصد نفسـه على سـبيل اللطافـة. والله أعلم.

الوارث به إثباته، وهو أولى بذلك من وارثه، فيعمل بإقراره دون إقرار الوارث، ولأنّ في الإلحاق به إلحاقَ عارٍ بنسبه.

(**والأشبه**) من الوجهين بالحقِّ (**اللحوق وإن كان**) الميت (**قد نفاه**) في حياته؛ لأنّ نفيه في حياته قد يكون مبنياً على ظنّ فاسدٍ فنفاه غيره، والوارث يقرّ به بحكم الظاهر والغلبة والإمكان، وذلك مبنى النسب[1].

(**و**) يشترط (**أن يصدر الإقرار عن الوارث الحائز**) الذاهب بجمع التركة مفرداً كان أو متعدّداً كابنين أقرَّا لثالثٍ فثبت نسبه ويرث معهما. وإنّما شرط كونه حائزاً؛ لئلا يبطل بإقراره حقُّ غيره.

(**فلا يثبت النسب بإقرار الأجانب**)؛ لاشتراط كون المقرِّ وارثاً، والأجنبيُّ ليس بوارث (**ولا بإقرار الابن الكافر والابنِ القاتل لأبيه والرقيق**)؛ لانتفاء الإرث المشروط في صحة إقرار النسب.

(**ولا**) يثبت (**بإقرار أحد الابنين دون الآخر**)؛ لكونه غير جائزٍ؛ لأنّ الابن الآخر منكرٌ، فإن توافقا ثبت النسب وشاركهما المقرُّ به على ما يقتضيه الشرع.

(**والأصحُّ**) من الوجهين فيما إذا أقرَّ أحدُ الابنين دون الآخر (**أنّه**) أي: الشأنَ أن (**لا يرث المستلحق**)؛ لأنّه لم يثبت نسبه؛ لعدم صدور الإقرار عن الوارث الحائز[2](**ولا يشارك**) المستلحقُ (**المقرَّ**) في حصته؛ لأنّ مشاركته إيّاه فرعٌ لثبوت نسبه وإنّه لم يثبت.

والثاني: يثبت نسبه في حق المقرّ ويشاركه في حصته؛ عملاً باقراره.

وعلى الأوّل عدمُ المشاركه إنّما هو في ظاهر الحكم، أمّا في الباطن فإن كان المقرُّ صادقاً فيجب أن يشاركه في ما يرث؛ لعلمه أنّه صاحبُ حقٍّ فيه.

ثمّ في المشاركة وجهان: **أحدهما**: بالنصف: فيقدر كأنّ المنكر أخذ نصف التركة غصباً وبقي الباقي نصفين.

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٣٦١).

(٢) الوارث الحائز: هو الذي يرث كلّ التركة كالابن.

وأصحهما: أنّه يشاركه بالثلث؛ لأنّه على تقدير الثبوت يكون بينهم أثلاثاً؛ إذ المسألة على عدد رؤسهم فذهب كلّ من المقرّ والمنكر بنصف نصيبه الذّى هو الثلث فيكون عند المقرّ نصف الثلث وهو ثلث ما ذهب به؛ لأنّ نصفَ ثلثِ الجميع ثلُثُ نصفِ الجميع.

وتصحيحُ المسألة بأن يُضرب أصل مسألة الإنكار - وهو اثنان - في أصل مسألة الإقرار وهو ثلاثة ثم يُنظر في التفاوت بين الحاصل في المسألتين للمقر فما كان فهو للمقَرِّ له، فإذا ضُرب اثنان في اثنين- وهى مسألة الإنكار- تبلغ أربعة، لكل من المقر والمنكر اثنان، وإذا ضُرب أصلُ مسألة الإنكار في مسألة الإقرار تبلغ ستة، لكل من المقر والمنكر ثلاثة فيكون التفاوت للمقرّ في ذلك الضرب واحداً فيذهب به المقرُّ له، ولا شكَّ أنَّ الواحد من الستة ثلثُ نصف الجميع، وهو نصيبُ المقَرِّ له على المِقِرِّ.

(**والأصحّ**) من الوجهين (**أنَّ البالغ من الوارثين**) لا ينفرد بالإقرار[1]، بل ينظر بلوغُ الصغير؛ لأنّه غير حائز؛ وهو شرط الإقرار بالنسب، والمجنون والمغمى عليه كالصبيّ ينتظر إفاقتها.

والثاني: ينفرد به ويثبت النسب بإقراره في الحال؛ لأنّه أمرٌ خطيرٌ لا يجازف فيه[2]، ولا يُتَّهَمُ بإبطال حق الغير صبياً أو مجنوناً؛ لأنّه ناقصٌ محلٌّ للإشفاق[3]، لا للمحاسدة معه.

(**وأنّه**) أي: والأصحُّ من الوجهين أنّه (**لو أقرَّ أحد الوارثَين**) الحائزَين بنسب ثالث (**وأنكر**) الوارث (**الآخر**) قائلاً: ليس لنا ثالث (**ثم مات**) الوارث (**المنكر ولم يخلف إلا المقر**) وكان من العصبات[4] (**ثبت النسب**) أي: نسب الثالث وشاركه في التركة على فرائض الله تعالى؛ لأنّ جميع الميراث صار للمقرّ فكأنّه كان حائزاً فى حال الإقرار.

---

(١) أي: لأنّه غير حائزٍ للميراث وعليه فينتظر بلوغ الصغير وإفاقة المجنون، فإذا بلغ الأوّل وأفاق الثاني ووافق البالغ العاقل ثبت النسب حينئذٍ، ولا بدّ من موافقة الغالب أيضاً. مغنى المحتاج (٣/ ٣١٠).

(٢) يقال لمن يرسل كلامه إرسالاً من غير قانون: جازف في كلامه، التعاريف (١٢٥).

(٣) الشفقة: هى صرف الهمة إلى إزالة المكروه عن الناس. ينظر: التعريفات للجرجاني (ص٧٤).

(٤) العصبات جمع عصبة وهم الوارثون الذين يرثون بالإجماع ولا فرض لهم. الروضة (٥/ ١٠).

والثاني: لا يثبت [نسبه]؛نظراً إلى حال الإقرار؛ فإنّه كان غير حائز حينئذٍ.

(وأنّه) أي: والأصحُّ من ثلاثة أوجهٍ أنّه **(لو أقرَّ الابن الحائز بأُخوّة)** بشديد الواو **(مجهولِ النسب)** بأن قال: فلانٌ أخي **(وأنكر المجهولُ المقَرُّ به نسبَ المقِرّ)** المعروف: بأن قال: أنا ابنُ مَن[ينسبُني] إليه لكنَّه ليس ابنَه **(لم يؤثِّر إنكاره)** أي: إنكار المجهول **(في نسبه)** أي: في نسب المقِرِّ، أي: لا يدفع بإنكاره نسبَ المقِرّ **(ويثبت نسب المجهول)** بإقرار الحائز؛ **(لاجتماع شرائط الإقرار)** فيه، فلا يتأثر فيه إنكار المجهول، فيثبت نسب المجهول بإقرار المعروف ويشتركان في الإرث لو كان.

والثاني: يؤثر إنكار المجهول، فيحتاج المقِرّ إلى البيّنة في إثبات نسبه؛ كالبالغ المكذَّب.

والثالث: لا يثبت نسب المجهول؛ لزعمه أنَّ المقرّ ليس بوارث، ومن ليس بوارث فلا يصح[إقرارُه] بالنسب.

(وأنّه) أي: والأصحُّ من ثلاثة أوجهٍ أنّه **(إذا كان الوارث الظاهر ممن يحجبه المقَرُّ به)** المستلحَقُ **(كما إذا مات عن أخ)** أي: مات وترك أخاً أو خلَّف أخاً **(فأقرّ)** ذلك الأخُ **(بابنٍ للميت يثبت نسبه)** بالإقرار **(ولا يرث)** من الميت؛ لأنّ توريثه يوجب كون الأخ غير وارث أصلاً فضلاً عن كونه حائزاً، وإذا لم يكن وارثاً فليس له أهلية الإقرار فلم يصحَّ إقراره، وإذا لم يصح إقراره لم يثبت نسبُ المقر ولا إرثه، فيؤدى توريثُه إلى عدم توريثه، فيلزم وجودُ الشيء من عدم وجوده، وهو محال[1]، فأثبتنا النسبَ على موجب الإقرار ونفينا الإرث؛ لما ذكرنا، وذلك كما لو اشترى أباه في مرض موته عتق عليه ولا يرث.

والثاني: النسب أيضاً؛ لأنّه لو ثبت لثبت الإرث، ولو ثبت الإرث خرج الأخ عن أهلية الإقرار، فينتفى نسبُ الابن والميراثُ.

والثالث: يثبتان ولا يخرج الأخ بالحجب عن أهلية الإقرار؛ لأنّ المعتبر كونُ الوارث

---

(١) لأنّه يؤدي إلى الدور الحكمي، وقد بينه الشارح في منهواته الموجودة في النسخة (٣١٧٢) فقال: "واعلم أنّ الدور الحكميّ ما يلزم من إثبات شيء دفعه، كمن أقرّ بابن لأخيه الميّت ثبت نسبه ولكن لم يرث؛ إذ لو ورث لحجب الأخَ فيخرج عن كونه وارثاً، وإذا خرج فلم يصح استلحاقه فلا يرث، فأدّى إرثه إلى عدمه".

حائزاً للتركة لو لا إقراره، وهذا ما اختاره المختارون[١]؛ لأنّ شرط الوارث كونه حائزاً ويخرج عن ذلك كل مستلحق وارث وإن لم يحجبه الحرمان[٢] فإذاً لا فرق بين أن يكون المستلحق ممن يحجبه المقرُّ حجب حرمان أو يحجبه حجب[٣] نقصان؛ لانتفاء كون المقرِّ حائزاً على[كلا]التقديرين. هذا.

---

(١) عبارة لم نفقه مغزاها.

(٢) حجب الحرمان: هو منع الوارث من الإرث بالكلية.

(٣) قد منّ الله سبحانه وتعالى بتحقيق هذه الحصة والتعليق عليه كسابقاتها، مع الإفادة من تحقيق الشيخ أبي بكر الصديقي، وقد بلغت نهاية الحصة في المخطوطة (٣١٧٢) اللوحة (٠٠٥٠٣) وهذه الحصة تنتهي في مخطوطة مكتبة الحاج خالص في أربيل المرقمة (٢٨٣) من اللوحة (٠٠٠٩٨و)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات في اللوحة (٦٤٦٠)وفي (٢٧٢٦) في اللوحة (٨١ظ)، وفي (٣١٧٢) في اللوحة (٠٠٠٥٠٣ظ)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة ٦٥٦في اللوحة (٢٩١ ظ) ، وفي مخطوطة مكتبة الخال من اللوحة (١٧٢ظ). ويبدأ بعدها كتاب العارية، ومن عرفان الجميل أن أذكر أن هذه النسخة المرقمة (٣١٧١) قد أفادتني كثيرا في تحقيق الأخطاء التي كانت موجودة في النسختين الأخريين.

كتاب العارية [1]

تعريف العارية[2] لغةً وشرعاً

قـال أَبـو الـبَركات[3]: «هـي مِـنَ التَّعـاوُر»[4]، وَهُـوَ التَّـداوُلُ[5]، والتَّنـاوُب[6]، يُقـالُ:

---

(١) يشتمل هذا الجزء على كتاب العارية وكتاب الغصب من الوضوح. وهذه الحصة تبدأ في مخطوطة مكتبة الحاج خالص في أربيل المرقمة (٢٨٣) من اللوحة (٠٠٠٩٥)، وفي (٢٧٢٦) من اللوحة (٨١)، وفي (٣١٧٢) من اللوحة (٠٠٥٠٣)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة ٦٥٦من اللوحة (٢٩٨)، وفي مخطوطة مكتبة الخال التي أعيدت إلى مكتبة أوقاف السليمانية مؤخرا من اللوحة: (١٧١) وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات من اللوحة (٦٤٦٠) ظ.

(٢) العاريّة: مشددةُ الياء على المشهور، وحكي بعض العلماء تخفيفها، جمعها: العَوَارِيَّ والعَوَارِيَ مشددة ومخففة، وفيها لغةٌ ثالثة: (عارَة) حكاها الجوهري وابن سِيدَه وابن فارس. قال ابن مقبل في ديوانه (١/ ١١٩): **فأَخلِف وأَتلِف إِنَّما المالُ عارَةٌ وَكُلهُ مع الدهرِ الذي هوَ آكِلُهُ**

ولغة رابعة حكاها المنذري فقال: (عاراة) بالألف..ينظر: العين (٢/ ٢٣٩)، ولسان العرب (٤/ ٦١٩) و(١٤/ ٧٤)، ومعجم مقاييس اللغة (١/ ٢٦٦)، وتاج العروس (١٣/ ١٦٢).

(٣) هو: عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين أبو البركات، النسفي، فقيه حنفي، وأصولي، مفسر، متكلم، من أهل إيذج من كور أصبهان، ووفاته ودفنه فيها. نسبته إلى (نسف) ببلاد السند، بين جيحون وسمرقند. تفقّه على يد شمس الأئمة الكردري. من مؤلفاته: (عمدة العقائد) في الكلام وشرحها، و(مدارك التنزيل وحقائق التأويل) في تفسير القرآن، و(كنز الدقائق) و(الوافي) و(الكافي في شرح الوافي) في الفقه، و(منار الأنوار) في أصول الفقه، و(كشف الأسرار) شرح المنار، واختلف أهل العلم في سنة وفاته رحمه الله: قيل: توفي سنة (٧٠١هـ)، وقيل: (٧١٠هـ). ينظر: الجواهر المضية (١/ ٢٧٠-٢٧١)، و(٢/ ٣٦٧)، وطبقات المفسرين للداودي (١/ ٢٦٣)، ومعجم المؤلفين (٦/ ٣٢)، والوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم (٣/ ١١٩).

(٤) ينظر: أنيس الفقهاء (١/ ٢٥٢)، طلبة الطلبة (ص ٢١٨).

(٥) تداولَ القومُ الشَّيءَ بينهم إذا صار من بعضهم إلى بعض، وتداول القومُ فلاناً إذا تعاوروه بالضرب. ينظر: التوقيف على مهمات التعاريف (١/ ٤٩٦)، والتعاريف (١/ ١٨٤)، المعجم الوسيط (١/ ٣٠٤)، المصباح المنير (ص١٢٤)، جمهرة اللغة (٣/ ١٢٧٣).

(٦) يقال: نابَ عني فلان ينوبُ نوباً ومناباً، ونيابةً، إذا قام مقامكَ، ونابَ الشَّيءُ عن الشَّيءِ (ينوبُ) قام مقامه، وتناوبوا عليه تداولوه بينهم، يفعله هذا مرة وهذا مرة. ينظر: لسان العرب (١/ ٧٧٤).

[تَعاوَرنـا] بالـكلامِ بَينَنـا، أَي: تَداوَلنـاهُ وَتَناوَبنـاهَ، سُـمِّيَت بِهـا؛ لِأَنَّ النَّـاسَ يتداولـون العـين[1] ويَتَدافَعُونَهـا مِـن يـدٍ إلى يـدٍ.

وقال الكَرخِيّ[2]: "هي من العَرِيَّةِ، وهي: العطية الخالية عن العوض[3]".

وقـال ابن المُلَقِّـنُ: والبُلقِينـيّ: "هـي مـن العَـوَرِ، بمعنـى الذهـاب والمجيء، ومنه سُـمِّيَ الغـلام الخفيـف سريـع الحركـة عَيَّـاراً"[4]، وطَعَنـا في الجوهـريّ حيـث قـال: "العاريـة منسـوبة إلى العـار؛ لأنَّ صاحبهـا وطالبهـا منسـوبٌ إلى العـار"[5]، واسـتدلّا عـلى الطَّعـن بفعـل رسـول الله ﷺ[6] واستحسـان الـشَّرع إيّاهـا[7].

وفي الـشَّرع عبارةٌ عـن: إباحـة منافـع الأعيـان؛ مواسـاةً بـين النَّـاس مع بقائهـا والـرّدّ إلى صاحبهـا[8]

---

(١) العين: الشيءُ الحاضرُ، أو المال الحاضر، أو الدنانير. تاج العروس (٣٥/ ٤٤٧)، وتهذيب الأسماء (٢/ ٤٨٩).

(٢) هو: عبيد الله بن الحسن بن دلال بن دلهم البغدادي، المكنى بأبي الحسن الكرخي، من كرخ (جدان) أو (حدان) بالعراق، توفى سنة (٣٤٠هـ)، سكن بغداد، وأخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن حماد عن أبي حنيفة ،انتهت إليه رياسة الحنفية بعد أبي حازم وأبي سعيد البردعي ، أخذ عنه أبو بكر الرازي، وأبو عبد الله الدامغاني، وأبو علي الشاشي، وأبو القاسم التنوخي، وأبو عبدالله البصري، وأبو الحسن القدوري، ألّف كتباً منها: (المختصر في الفقه)، و(شرح الجامع الكبير)، و(شرح الجامع الصغير).ينظر: الجواهر المضية (١/ ٣٣٧)، وطبقات الفقهاء (١/ ١٤٨)، ، وشذرات الذهب (١/ ٣٥٨)، وسير أعلام النبلاء (١٥/ ٤٢٦-٤٢٧).

(٣) لم أعثر على نسبة هذا القول إلي الكرخي بهذا النص. لكن نقل عنه صاحب الهداية (٣/ ٢٢٠): و السرخسي في المبسوط (١١/ ١٣٣): " وكان الكرخي رحمه الله يقول: موجب هذا العقد إباحة الانتفاع بملك العين لا ملك المنفعة ". وينظر: أنيس الفقهاء (١/ ٢٥٢)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٦٧٧)، وتبيين الحقائق (٥/ ٨٣).

(٤) لم نعثر على نسبة هذا القول إلى البلقيني، وهو في عجالة المحتاج (٢/ ٨٦٩)، وينظر: الزاهر (١/ ٢٤٠ و٣٩٤).

(٥) الصحاح في اللغة (٢/ ٧٦١):

(٦) إشارة إلى ما رواه البخاري في صحيحه، رقم (٢٦٢٧) بلفظ: «**كَانَ فَزَعٌ بِالمَدِينَةِ، فَاستَعَارَ النَّبِيُّ ﷺ فَرَسًا مِن أَبِي طَلحَةَ يُقَالُ لَهُ المَندُوبُ، فَرَكِبَ، فَلَمَّا رَجَعَ قَالَ: «مَا رَأَينَا مِن شَيءٍ، وَإِن وَجَدنَاهُ لَبَحرًا**».

(٧) قال ابن الملقن في: عجالة المحتاج (٢/ ٨٧٠): " وكانت واجبة في ابتداء الإسلام ثمّ نسخت ". وقال الروياني في: بحر المذهب (٩/ ٦): " أمّا الإجماع فلا خلاف بين المسلمين في جوازها واستحبابها، ولأنه لمّا جازت هبة الأعيان بالإجماع كذلك هبة المنافع كما تصحّ الوصية بهما "، وبمثله قال صاحب البيان (٦/ ٥٠٧).

(٨) ينظر: نهاية المطلب (٧/ ١٣٧)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٦٩)، والتهذيب (٤/ ٢٧٨).

وهي: [عقدٌ] مشروعٌ مندوبٌ إليه؛ لما فيه من قضاء حاجة المسلم. قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ (المائدة: ٢).

وهي من أنواع البرِّ، وقال ﷺ: **«لا يزال الله في عون المسلم ما دام المسلم في عون أخيه»**.[1] وذمَّ الله تعالى النَّاس على منعه، وقارن المانع بمن يُرائي في العبادات: **قال جلَّ ذكره:** ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ (الماعون:٧) **(فسَّره المفسِّرون بما يستعيره الجيران بعضهم من بعضٍ)**[2]، من الفَأس والقَدُوم[3] والقِدر[4] والمَساحي[5] والمجارف وغيرها.

وروى الشَّيخان: **عن رسول الله ﷺ «العاريَّةُ مضمونةٌ مودَّاة»**[6] أي: مضمونة إِن تلفت، ومودّاة إِن بقيَت، قال بعض شرّاح الحديث: "الياء فيه ليسَت للنِّسبة، بل

---

(١) لم أعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ، ولكن روى بألفاظ متقاربة منها صحيح مسلم، رقم (٢٦٩٩). بلفظ: **«وَاللهُ فِي عَونِ العَبدِ مَا كَانَ العَبدُ فِي عَونِ أَخِيهِ»**، وفي المعجم الكبير للطبراني (٥/ ١١٨)، رقم (٤٨٠١) بلفظ: **«لَا يَزَالُ اللهُ فِي حَاجَةِ العَبدِ مَا كَانَ العَبدُ فِي حَاجَةِ أَخِيهِ»** قال الهيثمي في: مجمع الزوائد (٨/ ١٩٣): "رواه الطبراني ورجاله ثقات".

(٢) من أقوال المفسرين في تفسير الماعون: **الأول**: اسم لما لا يمنع في العادة، من أثاث البيت ويسأله الفقير والغني، ينسب مانعه إلى سوء الخلق ولؤم الطبيعة، كالفأس والقدر والدلو الخ، ويدخل فيه الملح والماء والنار، وهو قول أكثر المفسرين. **والثاني**: هو الزكاة، وهو قول أبي بكر وعلي وابن عباس وابن الحنفية وابن عمر والحسن وسعيد بن جبير وعكرمة وقتادة والضحاك. **والثالث**: وهو لغة قريش، قال الفراء: سمعت بعض العرب يقول: الماعون هو الماء. **والرابع**: حُسنُ الانقياد والطاعة، يقال: رضِ بعيرك حتى يعطيك الماعون، أي: حتى يعطيك الطاعة. وقال الطبري: "وأصل الماعون من كل شيء منفعته".ينظر: تفسير الرازي (٣٢/ ١٠٨)، و ابن كثير (٤/ ٥٥٦)، والطبري (٣٠/ ٣١٣)، والدر المنثور (٨/ ٦٦٤)، وفتح القدير (٥/ ٥٠٠)، و البغوي (٤/ ٥٣٢).

(٣) آلة للنجر والنَحتِ، وجمعه: قدائم وقدم. المعجم الوسيط (٢/ ٧٢٠).

(٤) إناء يطبخ فيه، مؤنثة وقد تذكر، جمعه قدور. المعجم الوسيط (٢/ ٧١٨).

(٥) جمعُ مِسحاة، وهي المجرفة من الحديد. لسان العرب (٢/ ٥٩٨).

(٦) جاء بلفظ قريب من لفظ الكتاب في معرفة السنن والآثار (٨/ ٢٩٩)، رقم)١١٩٦٦) – **«أَخبَرَنَا أَبُو سَعِيدٍ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو العَبَّاسِ قَالَ: أَخبَرَنَا الرَّبِيعُ قَالَ: قَالَ الشَّافِعِيُّ ﵀: العَارِيَةُ مَضمُونَةٌ كُلُّهَا، استَعَارَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِن صَفوَانَ بنِ أُمَيَّةَ سِلَاحًا فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «عَارِيَةٌ مَضمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ»** والحديث في سنن الترمذي ت بشار (٢/ ٥٥٦)، رقم (١٢٦٥) وحسنه، وفي سنن أبي داود ت الأرنؤوط (٥/ ٤١٧)، رقم)٣٥٦٥) " بلفظ: **«العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ»**، وبلفظ: **(بَل عَارِيَةٌ مَضمُونَةٌ)** في المستدرك على الصحيحين للحاكم (٣/ ٥١)، رقم (٤٣٦٩) بلفظ: **« ثُمَّ بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى صَفوَانَ بنِ أُمَيَّةَ فَسَأَلَهُ أَدرَاعًا مِائَةَ دِرعٍ، وَمَا يُصلِحُهَا مِن عِدَّتِهَا، فَقَالَ: أَغَصبًا يَا مُحَمَّدُ؟ قَالَ: «بَل عَارِيَةٌ مَضمُونَةٌ حَتَّى نُؤَدِّيَهَا إِلَيكَ» ثُمَّ خَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَائِرًا»**، قال الحاكم: صَحِيحُ الإِسنَادِ، وَلَم يُخَرِّجَاه، وقال الذهبي: صحيح.

للمبالغة"[1]، وهي اسمٌ لما يُعار ويستعار، وتشديد الياء هو الأصل وقد يخفَّف.

***

الركن الأول: المعير

(**يُشتَرط في المُعِير أن يكون مالكاً للمنفعة**[2]) أي: منفعة العين المستعار؛ لأنَّ العارية إمّا إباحة المنافع، أو هبتها، على اختلاف الرَّأيين[3]، وكلاهما يقتضي الملك (**أهلاً للتبرُّع**)؛ لأنَّها تبرّع بإباحة المنافع، أو هبتها (**فيجوز للمستأجر أن يعير**) العينَ المستأجرة ؛لأنّ له استيفاءَ منفعتها على حسب الملك؛ بدليل لزوم العقدِ، فيجوزُ أن يَنيبَ مَن يستوفيها لِنفسه (**ولا يجوز ذلك**) أي: الإعارةُ (**للمستعيرِ في أَصحّ الوجهينِ**)؛ لأنه لا يملك منافع المستعار، بدليل جواز الرُّجوع، بل أبيح له المنافع، وليس للمباح له التَّصرُّف فيما أبيح له.

ألا يُرى أنّه لا يجوز للضَّيف إطعام الهرَّة، ولو بلقمةٍ، وحيث يجوز بقوَّة[القرائن فالإباحة]من المالك حقيقةً؟

والثاني: يجوز للمستعير أيضاً؛ لأنّه ما لم يرجع المعير فالمنفعة مباحة له، فله أن يستوفيها بغيره، كما يجوز أن ينيب مَن يستوفي له.

***

الركن الثاني: المستعير

ويؤخذ من شرط المعير شرط المستعير، وهو: صحة قبول التَّبرُّع، فلا يصح استعارة الصَّبيِّ، كما لا تجوز إعارته.

---

(١) لم أعثر على هذا القول في كتب شراح الحديث التي بين يديّ، لكن قال ابن عابدين في: حاشية ابن عابدين (٨/ ٣٨٢): "وذكر في (البدرية) أنّه يحتمل أن تكون العارية اسماً موضوعاً لا نسبياً، كالكرسيِّ والدُّرديِّ". وقال صاحب: مجمع الأنهر (٣/ ٤٧٩): "وقيل: هي في الأصل إسم موضوع بلا نسبة كالدُّرديِّ والكرسيِّ".

(٢) العزيز (٥/ ٣٧٠).

(٣) قاله ابن الملقن والبغوي والدميري وغيرهم، ينظر: العجالة (٢/ ٨٦٩)، والتهذيب (٤/ ٢٧٨).

(لكن) استدراك عمّا يوهم أنّه لا يجوز للمستعير أن ينيب من يستوفى المنفعة له، كما لا يجوز أن ينيب مَن يستوفى لنفسه **(له أن ينيب مَن يستوفي له المنفعة)** كأن يُركب الدَّابَّة المستعارة وكيله في حاجته، أو يَقطع الأخشاب [له] بالفأس المستعار لذلك؛ لرجوع المنفعة إلى المستعير(١).

***

الركن الثالث: المستعار

(و) يشترط **(في المستعارِ أن يكون منتفعاً به مع بقاء عينه)** أي: يشترط أن يكون بحيث يجوز الانتفاع [به] شرعاً(٢) مع بقاء عينه، فهذان الشَّرطان معتبران، فلا يجوز إعارة ما لا يجوز الانتفاع به شرعاً، كأَوانِي الذَّهب والفضَّة(٣).

[حكم إعارة الدراهم والدنانير للتزيين]

وإعارةُ الدَّراهم والدَّنانير للتَّزيين جائزةٌ عند بعضهم(٤).

والأصح عدم الجواز؛ لانّ التَّزيين بهما حرامٌ [على الرِّجال] على ما صرَّحوا به(٥).

---

(١) ينظر: النجم الوهاج (٥/ ١٤٢).

(٢) أي: منفعة مباحة ظاهرة، كالدواب والدور والثياب، وكل ما يجوز عقد الإجارة عليه. ينظر: الروضة (٤/ ٧٣)، والعزيز (٥/ ٣٧١)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٧٠ ـ ٨٧١)، والنجم الوهاج (٥/ ١٤٢)، والوسيط (٣/ ٣٦٨).

(٣) لأنه يحرم استعمالها، لما رواه البخاري في صحيحه، رقم (٥٤٢٦)،و، عن حذيفة أنّ النبي ﷺ قال: «**لاَ تَلبَسُوا الحَرِيرَ وَلاَ الدِّيبَاجَ، وَلاَ تَشرَبُوا فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ، وَلاَ تَأكُلُوا فِي صِحَافِهَا، فَإِنَّهَا لَهُم فِي الدُّنيَا وَلَنَا فِي الآخِرَةِ**"، ورواه مسلم، رقم (٤ - (٢٠٦٧)، ولم يذكر " ولنا في الآخرة " بل ذكر: و هو لكم في الآخرة يوم القيامة. ينظر: المجموع (١/ ٣١١).

(٤) ينظر: نهاية المطلب (٧/ ١٤٠)، وروضة الطالبين (٤/ ٧٢)، والعزيز (٥/ ٣٧١).

(٥) بدليل ما في السنن الكبرى للنسائي (٨/ ٣٥٧)، رقم (٩٣٨٢) و، وسنن أبي داود ت الأرنؤوط (٦/ ١٦٥)، رقم (٤٠٥٧)، ومسند أحمد رقم (٩٣٥) «**عَن ابنِ زُرَيرٍ، أَنَّهُ سَمِعَ عَلِيَّ بنَ أَبِي طَالِبٍ، يَقُولُ: إِنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ أَخَذَ حَرِيرًا فَجَعَلَهُ فِي يَمِينِهِ، وَأَخَذَ ذَهَبًا فَجَعَلَهُ فِي شِمَالِهِ، ثُمَّ قَالَ: «إِنَّ هَذَينِ حَرَامٌ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي»**، وسنن ابن ماجه ت الأرنؤوط (٤/ ٥٩٤)، رقم (٣٥٩٥)، وفيه زيادة "حِلٌ لإناثهم". قال محققه: شعيب الأرنؤوط: صحيح لغيره، وهذا إسناد حسن.

(**فلا يجوز إعارة الأطعمة الَّتي[انتفاعها]في الاستهلاك**)؛ إِذِ الشَّرط فيها بقاء العين مع الانتفاع، وذلك كالهرائس[١] واللّحوم وما أشبه ذلك[٢].

وأمّا الأطعمة الّتي يمكن الانتفاع بها مع بقاء العين كالتفاح للشَّم أو اللَّون، فالأصح جواز إعارتها[٣].

(**ويجوز إعارة الجواري للخدمة إن أعار من امرأةٍ أو**) ذكرٍ (**مَحرَمٍ**)؛ للأمن عن خوف الفتنة. ولا يجوز إعارتها للاستمتاع بها[٤]، وليس ذلك من الشُّبهة الدّافعة للحدِّ، على الأصح[٥].

ويجوز إعارتها من غير[المحرم]إذا كانت صغيرةً لا تُشتَهى، أو كانت شوهاء كالحةً[٦]، وصَّحح في الرَّوضة جواز إعارتها مطلقاً[٧]، والمفهوم مِن عدم الجواز الفساد[٨] حتّى

---

(١) الهَرِيسُ: الحَبُّ المهروسُ قبل أن يُطبخ، فإذا طبخ فهو الهَرِيسَةُ. لسان العرب (١٧/ ٢٧).

(٢) كالشمعة والسراج للوقود. النجم الوهاج (٥/ ١٤٣).

(٣) العزيز ط العلمية (٦/ ٨٩)، والتدريب في الفقه الشافعي (٢/ ١٦٧).

(٤) قال ابن الملقن في عجالة المحتاج (٢/ ٨٧١): "خرج بالخدمة الاستمتاع، فإنه حرامٌ".

(٥) يلزمه الحدّ على الصحيح، إذا كان عالماً بالتحريم، أمّا إذا كان جاهلاً يعزرُ، ويلزمه المهر، ويلحق به النسب والولد الحر، وعليه قيمته لسيدها. ينظر: بحر المذهب (٩/ ١٣)، والنجم الوهاج (٥/ ١٤٤)، والمجموع (١٥/ ٤٣٣).

(٦) شوهاء: قبيحة. لسان العرب (١٣/ ٥٠٨).وكالِحَةُ الوَجه: العَيَضَمُوز، والعَيضموز: العجوزُ الكبيرة. تاج العروس (١٥/ ٢٣٧-٢٣٨). والكلح: مصدر كلح يكلح كلحا: إذا تقلصت شفتاه من الكرب. جمهرة اللغة (١/ ٥٦٣) مادة: كلح.

(٧) قال النووي في: روضة الطالبين (٤/ ٧٣): "إذا كانت صغيرة لا تشتهى، أو قبيحة، فوجهان: قلتُ: أصحها: الجواز". قال: ابن حجر في: فتح الجواد بشرح الإرشاد (٢/ ٢٥٩): "والأقوى، ماصوبه الأسنوي من الجواز في الصغيرة؛ لحلّ الخلوة بها دون الكبيرة". وقال الروياني في: بحر المذهب (٩/ ١٣): "وقيل: يكره مطلقاً من غير فرق بين الشابة والكبيرة؛ لئلا يخلو الرجل بالمرأة، فيدخل الشيطان بينهما". ينظر: النجم الوهاج (٥/ ١٤٤)، والعجالة (٢/ ٨٧١)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٦٥).

(٨) الفساد عند أكثر الفقهاء: ماكان مشروعاً بأصله لا بوصفه، وهو مرادف البطلان عند الشافعي. واستثنى= =النووي الحج، والخلع، والكتابة والعارية". قال العلائي في: تحقيق المراد (ص٧٢): "أمّا الحنفية فإنّهم= فرقوا بينهما، وحاصل هذا أنّ قاعدتهم أنّه لا يلزم من كون الشيء ممنوعاً بوصفه أن يكون ممنوعا بأصله، فجعلوا ذلك منزلة متوسطة بين الصحيح والباطل، وقالوا: الصحيح هو المشروع بأصله ووصفه، وهو العقد المستجمع لكل شرائطه، والباطل هو الممنوع بهما جميعاً، والفاسد المشروع بأصله الممنوع بوصفه". ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٧٢)، والمنثور في القواعدللزركشي (٢/ ١٤٣-١٤٤)وقواعد الفقه (١/ ٤١١)، والتحبير شرح التحرير (٣/ ١١١٠)، والأشباه والنظائر (ص٢٨٦).

تلزم الأجرة، وقال الغزالي: "يصحُّ ويحرمُ"[١]، حتى لا تلزم الأجرة، [ولا بُعدَ] في اجتماع الصَّحة والتَّحريم، كالصلاة في الثّوب المغصوب ونحوها[٢].

(**ويكره إعارة العبد المسلم من الكافر**)؛ لإفضائها إلى استعلاء يد الكافر على المسلم،وقد قال الله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ (النساء: ١٤٠).

ثمَّ قيل: هي [كراهة تحريمٍ]، ورجَّحه ابن الرّفعة، ونسبه في الرَّوضة [إلى] الجرجانيّ[٣].

وقيل: [كراهة تنزيهٍ]، ونسبه الجلاليّ إلى الأكثرين[٤].

وقال المصنف: "كراهة تنزيه إن أعاره لغيرِ خدمةِ البدن، وكراهة[تحريم] إن أعار لخدمة البدن[٥]"، وإنَّما أخذ المصنف هذا من تعليل صاحب المهذب[حيث]قال: "إنما يكره؛ لأنَّه لا يجوز للمسلم خدمة الكافر"[٦].

***

الركن الرابع: صيغة الإعارة

(**والأظهر**) من الوجهين (**أنه لابدّ في الإعارة من لفظٍ**)؛ لأنَّ الألفاظ دوالّ ما في

---

(١) قال الغزالي في الوسيط (٣/ ٣٦٩) : "فهو صحيحٌ، ولكنه محظورٌ". أي: إذا أعارها صحّت الإعارة، وإن كانت محرمة، ويشبه أن يقال بالفساد، كالإجارة للمنفعة المحرمة. وينظر: النجم الوهاج (٥/ ١٤٤)، وروضة الطالبين (٤/ ٧٣).

(٢) يحرم على الانسان أخذ ثوب غيره منه قهراً، فلو أخذه وصلى به صحت صلاته مع الحرمة على مذهب الشافعي، والصحيح في مذهب الحنبلي، أنّ صلاته لا تصح. ينظر: الإنصاف (١/ ٤٥٨)، والروض المربع (١/ ١٥٣)، والكافي (١/ ١١٥)، والإعانة (١/ ١٣٤-١٣٥)، والتنبيه (١/ ٢٩).

(٣) ينظر: كفاية النبيه (١٠/ ٣٦٣)، والنجم الوهاج (٥/ ١٤٥). والروضة (٤/ ٧٤).

(٤) ينظر: حاشيتا (قليوبي - عميرة) على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين (٣/ ١٩).

(٥) قال القليوبي في حاشيته على شرح المحلي (٣/ ٢٠): "اعلم أنّ الخلاف في الكراهة والحرمة هو بالنسبة للعقد، وأما خدمة المسلم للكافر فحرام مطلقاً سواء بعقد أو بغير عقد، كما صرحوا بها في باب الجزية".

(٦) في هذا الكلام نظر: أولاً: هذا الجمع ليس من قول الرافعي، بل هو قول ابن الرفعة كما قال الدميري وعميرة، والرافعي جزم بالتنزيه، ولم يذكر هذا الجمع مطلقاً. ثانياً: قال الشيرازي: "لا تجوز إعارة العبد المسلم من الكافر؛ لأنه لا يجوز أن يخدمه"، والظاهر من كلامه كما قال النووي التحريم. ينظر: البيان (٨/ ٦٥٠)، والمهذب (١/ ٣٦٣)، والعزيز (٥/ ٣٧٢)، والنجم الوهاج (٥/ ١٤٥)، وروضة الطالبين (٤/ ٧٤)، وحاشية عميرة (٣/ ٢٠).

الضمائر[1] من الرِّضاء والسَّخط والإذن وعدم الإذن، فإذاً لا بدَّ من لفظ يدلّ على الإذن في الانتفاع كما في إباحة الطعام.

(أمّا من جهة المعير بأن يقول: أعرتك هذا، أو خذه لتنتفع به) قيدٌ لقوله: خذه؛ لأنّه وحده يحتمل جهات شتَّى، فلا يكون نصًّا فيها، بخلاف أعرتك، فإنَّه موضوع للعاريّة، فلا حاجة إلى قيد الانتفاع.

وقيل: قيدٌ لهما؛ لاحتمال التّجريد في أعرتك[2].

(أو من جهة المستعير بأن يقول: أَعِرني هذا)، أو: "ناولني لِأَنتفع به".

(وإذا وُجِدَ اللّفظُ من أحدهما والفعل من الآخر كفى)[3] بخلاف سائر العقود؛ لأنّ العارية للمواساة والإرفاق[4]، فيكفي فيها [أَدنى] ما يدلّ عليها كإباحة الطّعام؛ فإنّه يكفي اللفظُ من المبيح أوالمستبيح، والفعل من الآخر.

والثاني: لا يشترط اللّفظ[5]، بل يكفي الفعل من الجانبين، كما إذا أعطى ثوباً عارياً فلبسه، أو بسط للقادم فرشاً فجلس عليه، أو ألقى وسادةً لِمَن ينام فوضع الرَّأس عليه[6]؛ لأنَّ دلالة الفعل على الإذن أتمّ من دلالة اللفظ؛ لأنّ الفعل لا يحتمل

---

(١) الوجيز في فقه الإمام الشافعي (ص٣٧٦)، والروضة (٤/ ٧٥)، والنجم الوهاج (٥/ ١٤٦).

(٢) لم أعثر على صاحب هذا القول في الكتب التي بين يديّ. لكن قال صاحب: الأنوار (١/ ٣٤٧): " ولو شاعت اللفظة: أي لفظة الإعارة في قرضها في بقعة كما شاعت في الحجاز كان قرضاً "، وقال صاحب: حاشية البجيرمي (٣/ ٩٩): " ولو شاع أعرني في القرض، كما في الحجاز، كان صريحاً فيه، قاله في الأنوار، وعليه فيفرق بينه وبين قولهم في الطلاق، لا أثر للإشاعة في الصراحة لما أنّه يحتاط للأبضاع ما لا يحتاط لغيرها، وظاهر كلامهم صراحة جميع هذه الألفاظ، وأنّه لا كناية للعارية، وفيه توقف ظاهر ".

(٣) ينظر: المهذب (١/ ٣٦٣)، والوسيط (٣/ ٣٦٩)، والروضة (٤/ ٧٥)، والعزيز (٥/ ٣٧٤).

(٤) الإرفاق: مأخوذ من الرِّفق وهو لِين الجانب ولَطافةُ الفعل، وهو خلاف العنف، وأرفَقَهُ إرفاقاً: رَفَقَ به ونَفَعَهُ. ينظر: لسان العرب (١٠/ ١١٨)، والقاموس المحيط (١/ ١١٤٥)، ومختار الصحاح (١٠٥).

(٥) في حاشية الكمثرى على الأنوار (١/ ٣٤٨): "لو فرش له ثوباً ليجلس عليه، فجلس عليه من غير لفظٍ، فهو إعارة على المعتمد". قال في: عجالة المحتاج (٢/ ٨٧١) بعدما ذكر القولين: "والخلاف مبنيٌّ على أنّ العارية هبة للمنافع، أو إباحةٌ؟".

(٦) هذا بخلاف ما لو دخل مجلساً فجلس على الفرش المبسوط؛ لأنّه لم يقصد بها انتفاع شخص معين. ينظر: العزيز (٥/ ٣٧٤).

التّخلف؛ لأنّ دلالته عقلية، بخلاف اللّفظ، وبه قطع المتولّي، واختاره العبادي[١].

ولا يخرّج على الخلاف في ما إذا بسط مصلّاه، أو [بساطه لمن يجلس] عليه من غير تعيين؛ فإنّه ليس إعارة بالاتّفاق[٢]؛ لأنّه لا بدّ من تعيين المستعير.

(ولو قال: أعرتك حماري لتعلفه) بعلفك، **(أو)** أعرتك **(داري لتطيّن سطحها)**، أو تصلح جناحها، أو ترم جدرانها، **(أو لتعيرني فرسك)**[٣] لِأَركَبها **(فهذه إجارةٌ فاسدةٌ توجب أجرة المثل)**[٤]:

أمّا كونه إجارة؛ فلجعل منفعة كلّ واحدٍ عوضاً عن الآخر، وأمّا فسادها فللجهل بالعوض.

وقيل: إعارة فاسدةٌ:[٥] أما كونه عاريةً؛ فبالنّظر إلى اللّفظ، وأما كونه فاسداً؛ فلذكر العوض.

وإذا قلنا بالأول فالأجرة إنّما تلزم بعد القبض في مدّة الإمساك.

والتّصوير فيما إذا كان العوض من العلف ومدّة إعارة الفرس مثلاً مجهولاً.

أما لو قال: أعرتك حماري على أن تعلفه كلّ يوم درهماً، أو لتعيرني فرسك شهراً[٦]، فحكى المصنف عن الأصحاب وجهين: أحدهما: أنها إجارة صحيحة، توجب المسمّى نظراً إلى المعنى.

والثاني: إعارة فاسدة؛ نظراً إلى اللّفظ، ولم يرجّح اَحَدَهما[٧].

---

(١) العزيز (٥/ ٣٧٤)، والروضة (٤/ ٧٥)، وفتح الجواد (٥/ ١٤٦)، وكنز الراغبين (٣/ ٢٠) نسبه إلى المتولي.

(٢) : روضة الطالبين (٤/ ٧٥)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٦٦)، والأنوار (١/ ٣٤٨)).

(٣) وقال الغزالي: "فهو إجارة فاسدة غير مضمونة". ينظر: الوسيط (٣/ ٣٦٩)، العزيز (٥/ ٣٧٥)، وروضة الطالبين (٤/ ٧٦).

(٤) ينظر: النجم الوهاج (٥/ ١٤٧)، والمنثور في القواعد (٢/ ١٤٤-١٤٥و١٤٧)، وفتح الجواد (٢/ ٢٦١).

(٥) ذكر هذا القول كل من الرافعي والنووي والدميري والخطيب الشربيني، ولم يذكروا قائله. وقال ابن ملقن في العجالة: (٢/ ٨٧١): "وصحح في (المطلب) أنّه عارية فاسدة نظراً إلى اللفظ فلا أجرة، قال: وفيه بُعدٌ، لأنه لم يَبذُلِ المنفعة مجاناً". و(المطلب) هو (المطلب العالي-أو الأعلى لابن الرفعة - شرح (الوسيط) للغزالي.

(٦) أي: لو كان العوض معلوماً، ولكن مدة الإعارة مجهولة، كما لو قال: أعرتك داري بعشرة دارهم، أو لتعيرني ثوبك شهراً. ينظرِ: العزيز شرح الوجيز (٥/ ٣٧٤- ٣٧٥)، روضة الطالبين (٤/ ٧٦).

(٧) هذا الكلام فيه نظر ؛لأنّ الرافعي والنووي لم يرجحا القولين، إذا كان المدة والعوض معلومين. ينظر: العزيز (٥/ ٣٧٥)، وروضة الطالبين (٤/ ٧٦).

لكن يفهم من تصحيحهم في الجهالة أنّها إجارة فاسدة، أنّها في المعلوم إجارة صحيحة، تأمّل[١].

ومقتضى قوله: (لتعلفه) أن يكون العلف وسائر النّفقةِ على المالك[٢] وهو الذّي صرّح به صاحب البيان ناقلاً عن الصَّيمَريّ، وعن القاضي حسين، وصاحب التّهذيب، أنّها على المستعير[٣]، وهو الموافق للعرف من لدن عصر الأول إلى يومنا من غير نكير، وعلى هذا: فلا يكون اشتراطه مفسداً للعقد؛ لأنّه من مقتضاه.

وأجيب: بأنّه: لو قلنا به فالمراد العلف الّذي لا يلزم على المستعير، وهو الزائد على المعتاد للتسمين، أو في مدّة يكون المستعار عند المعير، كاللّيل مثلا.

***

أحكام العارية ١ -: الضمان

(فصل: مؤنة الرّد) أي: ردّ المستعار (على المستعير) فعليه ردّه بما يجب عليه في الرّد؛ لأنّ الإعارة عقد مواساة وإرفاق لما فيه من البرّ بلا عوض، فلو جعل مؤنته على المعير لَامتنع النّاس من الإعارة، ولِما روى أبو داود: أنّه ﷺ قال في دروع[٤] استعارها من صفوان بن أميه[٥]: «**عارية مضمونة**»، وروى أيضاً: «**على اليد ما أخذت حتّى تؤدّيها**»[٦].

---

(١) لفظ (تأمل) إشارة إلى الجواب القوي، وقيل: معنى (تأمل) أنَّ في هذا المحل دقة، وحقيقة التأمل إعمال الفكر. ينظر: الفتح المبين في حلّ رموز ومصطلحات الفقهاء والأصولين (ص١٢١).

(٢) ينظر: هامش العزيز (٥/ ٣٧٥)، وهامش روضة الطالبين (٤/ ٧٦) حققهما عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، وحاشيتا (قليوبي-عميرة) على المحلي (٣/ ٢٠).

(٣) " . ينظر: البيان (٦/ ٥١٨)، والتهذيب (٤/ ٢٨٦)، وحاشيتا قليوبي - عميرة (٣/ ٢١).

(٤) والدِّرع: التي تُلبَسُ للحرب، والدِّرعُ مُؤنَّثة. المنجد في اللغة (ص: ٩٨).

(٥) هو: صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن حذافة، أبو وهب القرشي، أسلم بعد أن شَهِد حنيناً مع النبي ﷺ كافراً، وكان من المؤلفة، توفي بمكة سنة (٤٢) هـ، وقيل: في خلافة عثمان، وقيل: عام الجمل سنة (٣٦ هـ). ينظر: الإصابة (٣/ ٤٣٢)، والاستيعاب (٢/ ٧١٨)، وأسد الغابة (٣/ ٢٥-٢٦)، وتهذيب الأسماء (١/ ٢٧٢).

(٦) رواه أبو داود في: سننه، رقم (٣٥٦١)، والحاكم في المستدرك، رقم (٢٣٠٢)، وقال: " حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه "، والترمذي في: سننه، رقم (١٢٦٦)، وقال: ا حديث حسن غريب.

لكن إن رُدّ المستعار من المستأجر إلى المستأجر فالمؤنة على المستعير، وإن ردّه إلى المالك فالمؤنة على المالك.

([وإن] **تلفت العارية لا بالاستعمال فعليه الضّمان، وإن لم يكن منه تقصير**) في تلفه؛ لأنّه إباحة مبنية على الإرفاق كما ذكرنا، فلو لم توجب الضّمان في التّلف لم يرغب النّاس إليها مع أنّها ممّا[يُهتَمُّ به]، ولما روينا من ظاهر الحديثين، ولأنّ ما يجب ردّه على مالكه يجب ردّ قيمته إذا تلف كالمُستَام، والمغصوب.

فلو أعاره بشرط البراءة عن هذا الضمان فالّذي عليه الجمهور أنّه يلغو الشرط والضّمان بحاله[1].

وقيل: يتبع الّشرط ويكون في يده أمانة لا يضمن إلّا بالتّعدّي[2].

ومعنى التّلف لا بالاستعمال أن لا يكون بسبب من أسبابه: كما إذا لدغها الحيّة تحت الحمل، أو وقع على ثوبٍ شيءٌ فأخرقه أو نارٌ فأَحرقته، أو أخذ منه متغلّبٌ، أو سُرق منه بلا تقصير منه ونحو ذلك.

(**وأَصحّ الوجهين: أنّه لا ضمان إذا تلفت بالاستعمال**)؛ لأنّ التّلف والحالة هذه يتولّد ممّا أذن فيه المالك، فيسامح به؛ لئلّا ينفّر الناس عن الاستعارة (**كالثّوب ينمحق**) أي يبلو ويؤدي إلى ذهاب الكلّ، ومنه محاق القمر؛ لذهاب نوره عند الاجتماع مع الشّمس[3].

(**وكذا[ضمان]ما ينسحق من أجزائه**) أي: يذهب بعض أجزائه دون بعض، من سَحُقَ، أي: بَعُدَ، أي: بَعُدَت أجزاؤه بعضها من بعضٍ بخرقٍ (**بالاستعمال**) متعلّق بكليهما.

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٧٦-٧٧)، العزيز (٥/ ٣٧٦)، التهذيب (٤/ ٢٨٠).

(٢) قال البغوي في التهذيب (٤/ ٢٨٠): "وعند أبي حنيفة والثوري ﷺ عليهما: العارية أمانة في يد المستعير"، وقال الرافعي في العزيز (٥/ ٣٧٦) :"وعن رواية الشيخ أبي علي أنّ للشافعي ﷺ قولاً مثله في الأمالي". ينظر: النجم الوهاج (٥/ ١٤٨)، والوسيط (٣/ ٣٦٩ـ ٣٧٠).

(٣) ينظر: المصباح المنير (ص٣٣٥)، معجم مقاييس اللغة (٥/ ٣٠١).

والثّاني: يضمن التالف بالاستعمال، سواء منمحقٌ أو منسحقٌ؛ لأنّ من حقّ العواري الرّدُ، وهو متعذّر في الأول بالكلية فيضمن بآخر حالات التقويم[١]، وتعذر ردّ بعضها في الثّاني فيضمن بدله.

ومَن جمع بين المسألتين زاد وَجهاً ثالثاً وهو: الضّمان في المنمحق، دون المنسحق؛ لوجود المردود في الثّاني دون الأول[٢].

ويجري الوجهان في كسر القوس بالنّزع، والسّهم بالرّمي، وفي موت الدّابة بسبب الحِمل المقدور عليه، [وعَطَبِها][٣] تحت الرّاكب، ونحو ذلك، فلا ضمان فيها على الأصح[٤]. ويجب في الثّاني.

(والمستعير من المستأجِر لا يضمن في أصحّ الوجهين) أي: ليس يده يَدَ ضمانٍ، فلا يضمن إلّا بالتّعدّي؛ لنيابة يده عن يد غير مضمون.

والثاني: يده يَدُ ضمانٍ، نظراً إلى أصل العارية، فكأنّه استعاره من مالكه، قاله صاحب التّهذيب[٥].

هذا إذا كانت الإجارة صحيحةً، أمّا إذا كانت فاسدة ضمنه المستأجِر؛ لأنّه فَعَلَ ما ليس له فعلُهُ، والقرار على المستعير، وهذا [استثناءٌ] عن قولنا: حكمُ الفاسد من العقود حكم الصّحيح في الضّمان وعدمه[٦].

وممّا [هو] دخيلٌ في الباب يناسب ذكره فيه قولُه: **(ولو تلفت دابة في يد وكيله**

---

(١) قطع به البغوي في التهذيب (٤/ ٢٨١)، وآخر حالات التقويم هو: قيمة يوم التلف. العزيز (٥/ ٣٧٦).

(٢) ينظر: نهاية المحتاج (٥/ ١٢٧)، مغني المحتاج (٢/ ٢٦٧)، النجم الوهاج (٥/ ١٤٩).

(٣) العَطَبُ: الهَلَاكُ، يَكُونُ فِي النَّاسِ وَغَيْرِهِم. لسان العرب (١/ ٦١٠) مادة: عطب.

(٤) ينظر: العزيز (٥/ ٣٧٨)، والروضة (٤/ ٧٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٦٧)، والنجم الوهاج (٥/ ١٤٩).

(٥) الظاهر من هذا النقل عن البغوي، أنه قال: المستعير من المستأجِر يضمن، وفيه نظر: لأنّ البغوي قال: "لو استعار من المستأجِر، هل يكون المستعير مضموناً؟ فيه وجهان: أحدهما: بلى؛ كما لو استعار من المالك. والثاني: وهو الأصح والمذهب، لا يكون مضموناً عليه؛ لأنه ينوب عن المستأجِر، فيده كيد المستأجِر، ويده ليست يد ضمانٍ". ينظر: التهذيب (٤/ ٢٨١).

(٦) ينظر: المنثور في القواعد (٢/ ١٤٤).

المبعوث في شغله) بأن دفع إليه دابّةً وقال: اذهب واحمل عليها قفيزاً[1] من الحنطة [وسيِّرها] إلى الرّحى[2]، أو احتطب عليها لِي، أَوِ أتِ بِوِقرٍ[3] من اليَينِ[4].

(أو) تلفت **(في يد الرّائِض)** أي: معلّم الأفراس، وهو الّذي يعلم الكُراع[5] ويذلّلها للرّكوب والالتجام[6]

والإعداء أي: الإركاض[7] **(وقد سلّمها إليه ليروِّضها)**، أي: يعلّمها لا لغرض آخر **(فلا ضمان)** على كلّ منهما؛ لأنّه لم يأخذها لغرض نفسه، فلا يكون مستعيراً، بل نائب عنه في شغله، فهو وكالةٌ حقيقةً، ولا يشترط لفظ الوكالة؛ اتباعاً للعُرف، لكن لو زاد على المعروف فيهما ضمن؛ بسبب التعدّي.

***

(١) القفيز : مكيال كان يكال به قديماً، ويختلف مقداره في البلاد، وجمعه: أَقفِزة وقُفزان، وقيل: هو مكيال تتواضع الناس عليه.. ينظر: لسان العرب (٥/ ٣٩٦)، معجم الوسيط (٢/ ٧٥١)، المصباح المنير (ص٣٠٤).

(٢) الرَّحى: الطاحونة، أو الأداة التي يطحن بها، وهي حجران مستديران يوضع أحدهما على الآخر، ويدار الأعلى إلى القطب. والجمع أرح وأرحاء ورحي وأرحية. ينظر: لسان العرب (١٤/ ٣١٢)، والمصباح المنير (ص١٣٦)، والمعجم الوسيط (١/ ٣٣٥). باللغة الكردية: " ئاش".

(٣) الوِقرُ بالكسر: الثِّقلُ، يُحمل على ظهرٍ، أو على رأسٍ، يقال: جاءَ يحملُ وِقرَهُ. وقيل: الحِمل الثقيل، وأكثر ما يستعمل الوِقر في حِمل البَغل والحمار، والوسق في حمل البعير.. ينظر: لسان العرب (٥/ ٢٨٩)، مختار الصحاح (ص٣٠٤)، المصباح المنير (ص٣٩٦). باللغة الكردية: " باري قورس ".

(٤) في هامش النسخ: (اليَينَ عربيٌّ، وبالفارسي خَرمَن)، وخَرمَن هو: البَيدَر: الموضع الذي تداس فيه الحبوب. ينظر: فرهنگ معين (فارسي) (ص٤١٠)، المصباح المنير (ص٢٩). باللغة الكردية: " خەرمان".

(٥) الكُراع ما دون الكعب من الدواب ، وما دون الركبة من الانسان، جمعه أكرُع وأكارع، ثمّ سمي به الخيل خاصة، فإنّ العرب قد تعبر عن الجسم ببعض أعضائه، فيمكن أن يكون الخيل سميت كراعاً؛ لأكارعها، والكَرَع دقة الساقين. وقيل: الكراع الخيل والبغال والحمير. ينظر: المغرب (٢/ ٢١٥)، المصباح المنير (ص٣١٥-٣١٦)، معجم مقاييس اللغة (٥/ ١٧١).

(٦) أي: قبول الدابة للجام، "واللِّجام: حَبل أَو عَصا يدخل فِي فَم الدَّابَّة وَيلزق إِلَى قَفاهُ. المحكم والمحيط الأعظم (٧/ ٤٥٢):.»باللغة الكردية: "لە غاو".

(٧) الركض: الضَّربُ بالرِّجل، فمتى نُسب إلى الراكب فهو إعداءُ مَركُوبٍ، ومتى نسب إلى الماشي فوَطءُ الأرض. وأصل الركض الدفع، وركض الدابة منه، أي تحريكها بالرجل. ينظر: المفردات في غريب القرآن (ص٣٦٤)، مشارق الأنوار (١/ ٢٩٠)، لسان العرب (٧/ ١٥٨).

٢- تسلط المستعير على الانتفاع بحسب إذن المعير

(ويتسلّط المستعير على الانتفاع بحسب إذن المعير)؛ لأنّ الإنتفاع بالمستعار إباحة من المعير، أو هبة، على الخلاف؛ لأنّه ملكه، فلا يتسلّط عليه إلّا بإذنه وهو واضحٌ **(فلو أعار)** أرضا **(لزراعة الحنطة زَرَعَها)** امتثالاً لإذنه **(وما ضرره دونها)** كالشّعير والعدس واللّوبياء[1]، وقوله: زرعها شاملٌ لمثلها؛ لاستواء المتماثلين في الأحكام، وقوله: "وما ضرره دونها" إطناب للإيضاح، فلا يرد أنّه يوهم من هذه العبارة منع المثل ولا منع أصلاً.

(ولو أعارها لزراعة الشّعير [لم] يزرع الحنطة)؛ لأنّ ضررها فوق ضرر الشّعير؛ لاستحكام عرقها **(وما ضرره فوقها)** أي: فوق الشّعير وإن لم يبلغ ضرر الحنطة، وذلك كالدُّخنِ[2] فإنّ ضرره فوق الشّعير، ودون الحنطة، ويزرع ما ضرره دون الشّعير كالحمص والقرطبان[3].

ومن الواجب أن يعلم أنّه لو أعار الأرض للرّوالي[4] من الحنطة فلا يزرع غيرها من أنواع الحنطة؛ لأنّ ضرر الرّوالّي أقلّ من ضرر سائر الأنواع.

ثمّ محلّ الجواز: ما إذا لم ينهه عن زراعة الأقل ضرراً، فإن نهاه لم يزرع، إذ قد يكون أكثر ضرراً أنفع للأرض، حيث كانت قويّة الإنبات يكسر المضرُّ قوتها فلا تبلى الزّراعة، وأقلّ ضرراً يبقيها كذلك، والمالك قد يراعى ذلك فلا يتجاوز مرسومه،[لما ذكرنا من اختلاف الأغراض] وهو قوله: **(ولو عيّن نوعاً ونهى عن غيره امتثل)** مأموره، أي: أطاعه ولم يتجاوز مرسومه؛ لما ذكرنا من اختلاف الأغراض.

(وأصحّ الوجهين: أنّه تصحُّ الإعارة إذا أطلق) الإعارة **(للزّراعة)** قائلاً: "أَعَرتُكَها

---

(١) اللوبياء أو اللوبيا أو اللوبياج: بقلة زراعية حولية من الفصيلة القرنية (الفراشية)، أصنافها الزراعية كثيرة. ينظر: لسان العرب (١/ ٧٤٦)، المعجم الوسيط (٢/ ٨٤٤). باللغة الكردية: "پاقله، و: لۆبیا".

(٢) الدُّخن: بالضم الجاورس، وقيل: حَّب الجاورس، وقيل: حَّب أصغر منه، أَملسٌ جداً، باردٌ يابسٌ حابسٌ للطبع. ينظر: لسان العرب (١٣/ ٤٩) تهذيب اللغة (٧/ ١٢٦). باللغة الكردية: " هەرزن ".

(٣) لم أجد معناه في كتب اللغة، ولكن كُتِبَ تحتها في نسخة (أ) (وهو الماش)، والماش: حبٌّ مُدور أصغرُ من الحمص، أسمر اللَّون، يميل إلى الخضرة. ينظر: تاج العروس (١٧/ ٣٩٢). باللغة الكردية أيضا: " ماش".

(٤) كُتِبَ تحتها في نسخة : (أي: حُمر السنبلة بيض الحبِّ).

لتزرع فيها " (وله) أي: للمستعير (أن يزرع ما شاء) ممّا قلّ ضرره أو أكثر؛ لأنّ إطلاق اللّفظ يشمل النّوعين، فيدلّ على الإذن فيهما.

والثاني: لا يصحُّ؛ لوجود الغرر بتفاوت الضرر.

قال المصنف في الشّرح: "ولو قيل: يصحّ عند الإطلاق ولا يزرع إلّا أقلّ الأنواع ضرراً لكان مذهباً" ، وأراد به طريقاً قاطعاً بعدم الخلاف، وسكت عليه النّووي في الرّوضة[1].

(وليس للمستعير البناء ولا الغراس) في الأرض المستعار **(إذا استعار)** الأرض **(للزّراعة)**؛ لأنّ ضررهما فوق ضرر الزّراعة، **(ويجوز العكس)** بعكس ما ذكر، إلا إذا نهاه فيمتثل مأموره؛ إذ قد لا [يرضى] المعير إلّا بما عيّنه؛ لغرض يريده.

(والمستعير للبناء لا يغرس، و) المستعير **(للغراس لا يبني في أصحّ الوجهين)** لاختلاف جنس الضّرر، فإنّ ضرر البناء في وجه الأرض أكثر، وضرر الغراس في باطنها أكثر؛ لانتشار عروقها، ولأنّ الغراس قد يتجاوز عن موضعه بمرور الزّمان بأن يخرج من عرقها من موضع آخر ودياً[2] كما هو المتعارف لا سيّما التّفاح والكمثرى والسماق.

والثاني: يجوز ما ذكر؛ لأنّهما للتأبيد.

وأجيب: بأنّ لأحدهما[نشواً وانبساطاً]دون الأخرى، فلا يكون المزيد مأذوناً، وإنْ استويا في التأبيد.

(وأظهر الوجهين: أنّه لا تصحّ إعارة الأرض مطلقاً) بأن يقول: أعرتك هذه الأرض **(بل لا بدّ من تعيين نوع المنفعة)** من الزّرع والبناء والغراس والدّفن والرّهن؛ لأنّ الإعارة إباحة منفعة، فلا بدّ من تعيينها كما في الإجارة، ولأنّ فيها من كثرة الغرر بكثرة تفاوت الضّرر.

والثاني: يجوز ولا يقاس إلى الإجارة؛ لأنّ منفعتها في مقابلة العوض، بخلاف الإعارة وينتفع بها كيف يشاء.

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٣٨١)،و روضة الطالبين (٤/ ٨١) .

(٢) والوَدِيُّ: صغارُ الفَسِيل اعتباراً بسيلانه في الطول. ينظر: مفردات ألفاظ القرآن (ص ٨٦٢).

وقال الرّويانيّ في البحر: "ينتفع بها هو العادة فيها"، واستحسنه المصنف في الشّرح[1].

وعلى الأول لو قال: أعرتك لتنتفع بها كيف شئتَ. ففيه وجهان: والأصح الصّحة.

وهذا إذا كانت الأرض تصلح لكلّ شيء من أنواع المنافع، أمّا إذا لم تصلح إلّا لنوع واحد، تعيّن ذلك عند الإطلاق وجهاً واحداً، كالبساط الذّي لا يصلح إلّا للفراش، فلا حاجة في إعارته إلى بيان الانتفاع.

٣- جواز الرجوع عن العارية

(فصل: للمستعير الرّدّ متى شاء، وللمعير الرّجوع متى شاء) أي: ليس العارية عقداً لازماً، بل جائزاً[2] من الطّرفين، إلّا لعارض، وسنذكر العوارض إن شاء الله تعالى.

وذلك لأنّ العارية إرفاقٌ وبرٌّ من جهة المعير، واندفاع حاجةٍ مجاناً من جهة المستعير، فلا معنى للإلزام فيها.

ولا فرق بين المطلقة والموقّتة[3]، أمّا في المُطلَقة فظاهرٌ، وأمّا [في] الموقّتة؛ فلأنّ التّوقيت فيها وَعدٌ، لا يجب الوفاء[به]ويستَحَبّ.

(نعم) الأمر على ما قلنا في جواز الرّجوع، إلّا أنّ في بعض الصّور تكون لازماً، مخصوص العقد، ومنه ما **(إذا أعار أرضا لدفن الميّت لم يكن له الرّجوع، ونبش القبر إلى أن يندرس**[4] **أثر المدفون)** إلّا ما ورد به النّص[5] كالعصعص[6] وذلك للمحافظة

---

(١) ينظر: بحرالمذهب (٩/ ٢٢). العزيز شرح الوجيز (٥/ ٣٨٢).

(٢) العقد الجائز: هو العقد الذي للعاقد فسخه بكل حال، واللازم: ما ليس للعاقد فسخه. المنثور (١/ ٢٦٤).

(٣) العارية المطلقة التي لم تبين لها مدة. و الموقتة: التي بين لها مدة معلومة. ينظر: العزيز (٥/ ٣٨٤).

(٤) والمراد بـ (الاندراس): أن يصير تراباً، وذلك يختلف باختلاف الأرض والموتى. ينظر: جمهرة اللغة (٢/ ١٠٩٠)، وتهذيب اللغة (١٢/ ٢٥١)، معجم مقاييس اللغة (٢/ ٢٦٧)، النجم الوهاج (٥/ ١٥٣).

(٥) المراد بالنص، مارواه البخاري في صحيحه، رقم (٤٩٣٥)، في حديث طويل: «**أنه ﷺ قال: ليس من الإنسان شيء إلّا يبلى، إلّا عظماً واحداً، وهو عَجب الذنب، ومنه يُرَكبُ الخلق يومَ لقيامةِ**». ورواه مسلم، رقم (١٤١- ٢٩٥٥).

(٦) العُصعُص: بضم الاول، وأمّا الثالث فيضم، وقد يفتح تخفيفاً، وهو عَجبُ الذنب، والجمع: عصاعص. وحَدُّهُ في الطب: هو عظم صغير في نهاية العمود الفقاري في الإنسان. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٠٥)، المصباح المنير (ص٢٤٦).

على حرمة الإنسان، ولا فرق بين المسلم والذّميّ.

وله الرّجوع قبل الدّفن؛ لعدم الهتك بالاتّفاق.

وقال صاحب التّتمة: "وكذا بعد الدّفن ما لم يواره[١] التّراب" [٢].

وقيل: وبعد المواراة ما لم يَتَغيّر. وهو ضعيف جدّا.

واعلم: أنّه قد يعرض ما يلزم الإعارة بخصوصه، وذلك قد يكون من جهتهما، كما إذا أعار أرضا لدفن شهيدٍ أو نبيّ فيتأبّد الإعارة.

وقد يلزم من جانب المستعير فقط، كما لو استعار داراً لسكنى معتدّة، فلا يجوز له الرّدُ إلى انقضاء العدّة. ومن جانب المعير فقط، كما إذا كفن مَن لا نفقة [له] عليه.

قال الإمام والغزاليّ: " هذه من العواري اللّازمة "[٣].

وما إذا قال: أعيروا داري فلانا مدّة كانت عارية لازمة، ذكره المصنف في الشّرح[٤]؛ لأنها وصية.

قال المتولّي: " ومنها ما إذا نذر أن لا يرجع فيها أعار، فهي لازمة من جانب المعير"[٥].

أو نذر المستعير أن لا يردّ، فهي لازمة من جانبه.

ولو أعار سفينة، لم يكن له الرّجوع، وهي في وسط البحر[٦].

---

(١) واراه: أخفاهُ. ودَفَنَ الشيء: ستره وواراه، فهو مدفونٌ. ودَفَنَ الميتَ: واراه، هذا الأَصلُ. ينظر: المعجم الوسيط (١/ ٢٩٠) و(٢/ ١٠٢٨)، والمصباح المنير (٢/ ٦٥٦)، والمحكم (٩/ ٣٤٩).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٨٢)، والعزيز شرح الوجيز (٥/ ٣٨٢).

(٣) قال الامام في نهاية المطلب (٧/ ١٦٥): "إذا استعار رجل أرضاً ليدفن فيها ميتاً، فللمعير الرجوع قبل اتفاق الدفن، وإذا اتفق الدفنُ، لم يملك الرجوعَ، فإنَّ في الرجوع هتكَ حرمة الميت بالنبش". وقال الغزالي في: الوسيط في المذهب (٦/ ٤٧٠): "ولو كفنه أجنبي، فالخصومة للمكفن، وكأنّه إعارة لا رجوع فيها، وإلّا فلا يزال ملكه إلى الميت".

(٤) لم أعثر على هذا القول في العزيز، قال ابن الملقن والخطيب الشربيني: "ذكره الرافعي في (التدبير)". ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٨٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٠).

(٥) ذكره ابن الملقن، ونسبه إلى المتولي أيضاً. ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٨٧٥).

(٦) قال الشيخ محمّد الحجار في: فتح العلام بشرح مرشد الأنام (٥/ ٦٠): ويمتنع الرجوع في مسائل:
١ـ أعاره سترة لصلاة فرض، لا يرجع فيها حتى يفرَغ منها.

وحيث كانت جائزة من الجانبين فلو مات المعير أو خرج عن أهلية التّبرّع انفسخت كسائر العقود الجائزة، وتنفسخ بموت المستعير.[1]

وإذا قلنا بالرّجوع قبل الدّفن، أو قبل المواراة فالّذي اختاره الجمهور واعتمده صاحب الأنوار، أنّه يلزمه مؤنة الحفر للمستعير[2]؛ لأنّه [غَرَّهُ بذلك].

(وإذا أعار أرضا للبناء) عليها **(ولم يبيّن المعير مدّة وبنى المستعير)** [متى شاء، ولزم ذلك القلع] في تلك الأرض**(ثمّ رجع)** المعير بعد البناء **(نظر: إن كان)** المعير **(قد شرط عليه القلع[3] مجانا)** أي: بلا أرش[4] نَقصٍ، متى شاء **[(لزم ذلك)]** القلع على المستعير؛ لالتزامه ذلك حين الإعارة، فلا يجوز أن يمتنع؛ اتباعاً للشّرط، فلو امتنع قلع جبراً مجاناً.

ولفظ: " مجاناً " في الكتاب للإيضاح؛ لأنّ شرط القلع كافٍ في ذلك؛ ولذا لم يذكر في كتب الشّافعيّ لفظ " مجاناً ".

وقوله: " ولم يبيّن مدّة " احتراز عن الإعارة الموقّتة، وسيجيء حكمها.

(وإلّا) أي: وإن لم يشترط عليه القلع مجاناً **(فإن اختار المستعير القلع)** ورضي بتخريب ملكه **(قُلِعَ)** مجاناً، على بناء المجهول، هكذا نقل عنه[5] -رحمه الله تعالى-؛ لأنّه ملكه، فله التصرف في ملكه كيف يشاء.

(وأظهر الوجهين: أنّه لا يلزمه تسوية الأرض) بعد قلع البناء؛ لأنّ علم المعير بأنّ

٢ـ أعاره أرضاً للزرع، لا يرجع قبل أوان حصاده.

٣ـ أعاره كفناً يغطي به نعش الميت، يمتنع الرجوع فيه؛ لأن فيه نوعَ إزراءٍ للميت.

٤ـ أعاره أرضاً لدفن ميت محترم، يمتنع الرجوع قبل البِلى؛ لأنّه دفن بحق، والنبش لغير ضرورة حرام.

٥ـ أعاره سفينة لعبور بحرٍ، أو نقل متاع، لا يستردها وسط البحر. ينظر: نهاية المطلب (٧/ ١٦٧-١٦٨).

(١) . ينظر: الروضة (٤/ ٨٣).

(٢) أي: يلزم المعيرَ الراجعَ. وينظر: الأنوار: (١/ ٣٥٠).

(٣) القلع: إنتزاع الشيء من أصله. ينظر: لسان العرب (٨/ ٢٩٠)، والمحكم (١/ ٢١٧)،

(٤) الأرش: وهو الذي يأخذه المشتري من البائع، إذا طلع على العيب في المبيع. والأرش: دية الجراحة، وأروش الجنايات والجراحات من ذلك؛ لأنّها جابرة لها عمّا حصل فيها من النقص. ينظر: النهاية (١/ ٣٩)، والعين (٦/ ٢٨٤)، والمعجم الوسيط (١/ ١٣).

(٥) قال الرافعي في العزيز (٥/ ٣٨٥)، والنووي في الروضة (٤/ ٨٤): " إن أراد المستعير القلع مُكِنَّ منه ".

المستعير يقلعه، رضي بما يحدث من القلع، فهو متولد ممّا تضمّن إذنه، فلا يلزم عليه شيء، كانسحاق الثّوب بالاستعمال المأذون فيه.

والثاني: تلزمه التّسوية؛ لأنّه قلع باختياره.

ولو امتنع منه، لم يجبر عليه، فيلزمه ردّ الأرض على ما كانت عليه. بخلاف انسحاق الثّوب، فإنّه بالاستعمال دون الاختيار، وهذا أقوى، رجحه المصنف في الشّرح واختاره النّوويّ في المنهاج(١) وشرح المهذب(٢).

(**وإن لم يختر**) المستعير القلع (**لم يكن للمعير قلعه مجاناً**)؛ لأنّه لم يشترط عليه القلع وقد غرّه(٣) بالإعارة المقتضية للتأبيد، والبناء محترم متقوّم فلا يجوز إبطاله بلا شيء.

(**ولكن يُخيرُ**) المعير (**بين أن يبقيه بالأُجرة أو يقلع ويضمن أرش النقصان**) وهو تفاوت ما بين البناء قائماً وبين الآلة المقلوعة المطروحة سدى؛ وذلك لأنّ الإعارة إرفاق وبرٌّ وإكرام من المعير، فلا يليق أن يلزم بعد الرّجوع، والمستعير مغرورٌ بطمع التأبيد فلا يجوز تضييع ماله، فجمعنا بين الحقين رعايةً للجانبين.

وإنّما كانت الخيرة إلى المعير؛ لأنّ الأصل الأرض وهي ملكه، والبناء تابعٌ؛ ولأنه الذّي صدرت منه المكرمة والإرفاق، فيرجّح جانبه، والغراس في ذلك كالبناء.

قال عليّ السبكي(٤): " وإذا اختار المعير القلع وغرامة الارش، لا يجوز للحاكم أن يمكنه من القلع حتى يقضيه الارش، أو يدفعه على مَن يأمن منه المستعير ".

ومحلّ هذا ما لو لم يصدر من المستعير ما يمنع القلع، فلو وقفَ البناءَ أو الغراسَ، فليس للمالك أن يقلع ويغرم الأرش، ولا التملّك بالقيمة على الوجه الآتي، بل يتعيّن عليه الإبقاء وأخذ الأجرة، صرّح به صاحب المطلب الأعلى(٥).

---

(١) ينظر: العزيز: (٥/ ٣٨٥)، والمنهاج: (١/ ٦٩)، تكملة المجموع: (١٥/ ٤٥٧)، والروضة (٤/ ٨٤).

(٢) قال ابن الملقن والبغوي: "ومحل الخلاف فيما إذا كانت الحُفَرُ الحاصِلةُ في الأرض على قَدرِ الحاجة، فإن كانت زائدة على حاجة القلع لزم طمّ الزائد قطعاً. ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٨٧٥)، النجم الوهاج (٥/ ١٥٦).

(٣) غَرَّه يَغُرُّهُ بالضم غُروراً خَدَعه. وغرير خدعه وأطمعه بالباطل. ينظر: لسان العرب (٥/ ١١).

(٤) الظاهر أنه شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦ هـ).

(٥) نقل الشربيني في: مغني المحتاج (٢/ ٢٧١)، هذا القول عن صاحب المطلب الأعلى، وهو ابن الرفعة.

(ومنهم مَن يزيد خصلة ثالثة) وهو الإصطخريّ والعباديّ وتابعوهما **(و هي التّملّك عليه بالقيمة)** أي: تملّك البناء أو الغراس عليه، أي: على عدم رضاء المستعير. والظّرف حال من فاعل التّملّك، وليس متعلّقاً به على ما وُهِم **(ويقول)**[أي:] ذلك المزيد **(بإجبار المستعير على ما يختاره المعير من الخصال الثّلاث)** من الإبقاء بالأجرة، والقلع بالارش، والتّملّك بالقيمة.

والصّحيح خلافه؛ لأنّ ذلك التّملّك بالقيمة إجارةٌ وبيعٌ، إجارةٌ من المعيرِ، وبيعٌ من المستعيرِ، وفي كليهما [يجب] رضاء المستعير.

وإذا اختار المستعير ما خُيّر فيه من الخصلتين الأولين على الأصح، أو الثّلاثة عند من يزيد، لزم المستعير موافقته، فإن أبى كلّف بتفريغ الأرض، ذكره المصنف في الشّرح[1].

وحلّ الخلاف: فيما إذا لم يكن للمستعير نصيبٌ في الأرض، فلو أذن أحد الشّريكين لصاحبه بالبناء أو الغراس في الأرض المشتركة، ثمّ رجع عن الإذن لم يكن له إلّا الإبقاء [بالأجرة]، فإن لم يبذل [صاحبه الأجرة] باع الحاكمُ الأرضَ بما فيه، ويقسّم الثّمنُ عليهما بحسب الملك.

(وإذا امتنع المعير من اختيار شيء ممّا خُيّر فيه) من الخصلتين، أو الثّلاث **(لم يكن له القلع مجاناً إذا كان المستعير يبذل الأجرة)** وذلك بالاتّفاق؛ رعاية للجانبين[2]، فلا يجعل المعير محروماً من الرّجوع، ولا المستعير مأيوساً في ملكه.

(وكذا إن لم يبذل المستعيرُ الأجرة) لم يكن للمعير القلع مجاناً **(في أظهر الوجهين)**؛ لأنّ العارية عقد إرفاق، لا يقتضي الأجرة جبراً، فلا يلزم من امتناع المستعير منها شيء؛ لأنّ العارية يقتضي الانتفاعَ بلا عوض.

والثاني: للمعير القلع مجاناً إذا رجع وامتنع المستعير من بذل الأجرة؛ لأنّ المستعير بعد الرجوع متعدٍّ بالانتفاع ظالم فيه فهو كالغاصب، إذا بنى الأرضَ المغصوبةَ، فللمالك القلع مجاناً؛ لأنّه ليس له الانتفاع بمالِهِ بعد رجوعه،

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٣٨٤).

(٢) ينظر: العزيز (٥/ ٣٨٧)، والروضة (٤/ ٨٥)، والعجالة (٢/ ٨٧٦)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٧٢).

(**و ما الّذي يفعل**) إذا قلنا بالأول؟ (**قيل: يبيع الحاكمُ الأرضَ وما فيها**) من البناء والغراس ويقسّم ثمنها بينهما على حسب الملك، وتوزيع القيمة على الأرض وما فيها على نحو ما مرّ في رهن الأم بدون الولد أو بالعكس[١] فيجري الوجهان السّابقان.

وقال في التّهذيب: "يوزّع على الأرض مشغولةً بما فيها وعلى ما فيها وحده، فحصة الأرض للمعير، وحصّة ما فيها للمستعير"[٢].

وكذا الحكم لو اتّفقا على بيع الأرض بما فيها باختيارهما، فإنّ الأئمة ذكروا جواز ذلك للحاجة[٣].

(**والأظهر**) وهو مقابل قوله: قيل: "يبيع إلى آخره" (**أنّه**) أي: الحاكم (**يُعرِض عنهما إلى أن يختارا**[٤] **شيئاً**)، أي: يختار المعير ماله الاختيار ويوافقه المستعير؛ لينقطع النّزاع بينهما من غير إكراه من أحد، فلا يدوم المجادلة والمباغضة بينهما.

وقوله: "يختارا" على فعل التّثنية، فيكون من قبيل قولهم: جاءني رجلان معهما رمحٌ، وإنما الرمح مع أحدهما، ومنه قوله تعالى: ﴿ يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ ﴾ (الرحمن: ٢٢)، مع أنّهما لايخرجان إلّا من المالح، دون العذب[٥]، أو يجعل مساعدة المستعير اختياراً مجازاً، وإلّا فالمختار هو المعير فقط، والمذكور في الرّوضة: "إلى أن يختار" بفعل الواحد[٦]، أي:

---

(١) معناه: رهن الولد بدون الأم. وهذا الموضوع ذكر في كتاب (الرهن).

(٢) نص قول البغوي في التهذيب (٤/ ٢٨٣): "وإذا اتفقا على بيع الأرض مع الغراس والبناء: جاز، ثمّ يوزَّع الثَّمَنُ على أرضٍ مشغولةٍ بالغراسِ، وعلى الغراس، فما خصَّ الأرض للمعير، وما خصَّ الغراس للمستعير".
والظاهر من هذا القول أنّه يجوز ذلك إذا اتفق المعير والمستعير على البيع، لا ما إذا باع الحاكم الأرض.

(٣) ينظر: الروضة (٤/ ٨٥)، والعزيز (٥/ ٣٨٧)، ونهاية المحتاج (٥/ ١٤١)، وفتح الجواد (٢/ ٢٦٧).

(٤) ينظر: العزيز (٥/ ٣٨٧)، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٢)، النجم الوهاج (٥/ ١٥٨).

(٥) الآية من اطلاق المجموع وإرادة بعضه، كما قاله كثير من علماء التفسير وأهل اللغة؛ لأن من سنن العرب أن تَنسُب الفعل إلى اثنين وهو لأحدهما. ينظر: تفسير الكشاف (٤/ ٤٤٥)، المحرر الوجيز (٥/ ٣٧)، تفسير أبي السعود (٨/ ١٨٠)، تفسير ابن كثير (٣/ ٩٣)، تفسير الطبري (٨/ ٣٦)، تفسير القرطبي (١٧/ ١٦٣).

(٦) قال النووي: في الروضة: ـ والمنهاج (يختارا) مع الف الاثنين، ونسبه إلى الأكثرين منهم المزني، قال الخطيب الشربيني وابن الملقن والدميري: أنّ النووي حذفها بخطه في الروضة، وصحح على موضع سقوطها.
قال الدميري والأسنوي: الصواب حذف الألف، وقال ابن الملقن والسبكي: الأحسن حذف الألف؛ لأنّ اختيار المعير كافٍ في فصل الخصومة. ينظر: الروضة (٤/ ٨٥)، والمنهاج (١/ ٦٩)، والنجم (٥/ ١٥٨)، والمغني (٢/ ٢٧٢)، والعجالة (٢/ ٨٧٦)،

المعير؛ لأنّ الاختيار إليه، ووجه التّثنية ما ذكر.

(و) على الأصح (يجوز للمعير) بعد الرّجوع وقبل قطع النّزاع وتفريغ الأرض (دخول الأرض والانتفاع) بها؛ لأنّها ملكه، وقد رجع عن إباحة انتفاعها لغيره.

[الفرح والترح والفرج]

ويجوز الاستظلال بالأشجار والبناء المستعارة لها، كما يجوز لا من هذه الطّريقة (ولا يدخلها) أي: الأرض المستعارة بعد الرّجوعِ (المستعيرُ للتّفرّج)[1] [أي:] لإزالة التَّرَح[2] وإنالة الفَرَح، واجتماعهما تسمّى فَرَجاً بالجيم (بغير إذن المعير)؛ لأنّ إباحة الانتفاع قد زالت بالرّجوع، فحرم الانتفاع، إلّا بإذن جديدٍ كسائر الأجانب، ولا ضرورة داعية تبيح المحذورة[3].

(ويجوز) له الدّخول بغير إذن المعير؛ ([السقي الأشجار] ومَرمّة الجدران على أصّح الوجهين)؛ لأنّ الضرورة داعية إليه؛ صيانةً لملكه عن التّضييع.

والثاني: ليس له ذلك؛ لتعارض الحاجة، دُخول ملك الغير بغير إذنه، وبقي [التّضييق] عليه ليختار بذل الأجرة سالماً عن معارضته.

(ولكلّ واحد منهما بيع ملكه من الآخر)، ولا مانع من ذلك. (وللمعير بيع ملكه من ثالث)؛ لأنّ ملكه مستقرّ، [لا احتمال لزواله] بدون اختياره.

(وكذا) يجوز (للمستعير) بيع ملكه من ثالث (على الأصح) من الوجهين؛ لأنّه لم يزل عن ملكه بعدُ، وللمالك التّصرّف في ملكه كيف شاء.

والثاني: ليس للمستعير ذلك؛ لأنّ ملكه في معرض الزّوال؛ لأنّ للمعير تملّكه بالقيمة. وأجيب بأنّ هذا لا يكون مانعاً من بيعه من ثالث.

ثمّ إذا جوّزنا لهما البيعَ من ثالث، فالمشتري من المعير يتخيّر تخيّر المعير، والمشتري

---

(١) الفَرج إنكشاف الغم، تقول: فَرَّجَ الله غَمَّه تفريجاً. والفَرجةُ مصدر بمعنى الخلوص من الشّدةِ. ينظر: مختار الصحاح (ص٢٠٧)، المصباح المنير (ص٢٧٧).

(٢) التَّرَحُ نقيض الفرح، وهو الحزن. ينظر: تهذيب اللغة (٤/ ٢٥٣)، المصباح المنير (ص٤٩).

(٣) لأنّ الضرورات تبيح المحظورات. ينظر: المنثور في القواعد (٢/ ٦٨).

مـن المستعير ينـزل منـزلة المستعير، فيخيّر المعير كما سبق. وللمشتري الخيارُ إن جهل الحال.

(**والعاريّة المؤقّتة بمدّةٍ**) بأن قال: أعرتك للبناء أو الغراس إلى سنتين مثلا (**كالمطلقة**) الّتي لا تقدّر لها مدّةٌ، في جواز الرّجوع والردّ متى شاء، ويترتّب عليها الأحكام السّابقة.

(**وفيها قولٌ: أنَّ له**) أي للمعير، (**القلع مجاناً عند الرّجوع**)، أي: انقضاء المدّة؛ لأنّ المستعير برضائه بالتّوقيت ملتزم للقلع مجاناً، وأفاد للمعير ذلك توقيتها، والأصح خلافه.

وفائدة التّوقيت للمعير طلب الأجرة، لا غير.

وحكى المصنف وجهاً عن الصَّيمري أنّه: " ليس للمعير الرّجوع قبل انقضاء المدّة"؛ لتغريره إيّاه بالتّوقيت، وإطماعه إبقائه إلى تلك المدّة.

(**وإن أعار**) الأرض (**للزّراعة، فزرع المستعير الأرض**) المستعارة، (**ثمّ رجع**) المعير عن الإعارة (**قبل إدراك الزّرع، فالظّاهر**) من ثلاثة أوجه: (**أنّ عليه**) أي: على المعير وجوباً (**الإبقاء إلى وقت الحصاد**)؛ لأنّ الإعارة للانتفاع على حسب ما ينتفع بالمستعار في ذلك، والانتفاع بالأرض للزّراعة إنما يتمّ ببقاء الزّرع إلى الحصاد؛ ولأنّ[في عدم الإبقاء تضييعاً]على المستعير.

والثاني: له القلع وأرش النقص، وهو تفاوت ما بَينَ الزّرع مدركاً محصوداً، وبين قلعه غير مدركٍ خضراء.

والثّالث: له التّملك بالقيمة كالغراس.

وأجيب بأنّ للزّرع أمداً ينتظر، فلا يجوز تملكّه جبراً، بخلافِ الغراسِ للضّرورةِ.

ومحلّه: فيما إذا كان الزّرع ينتقص بالقلع، فإن لم يتنقص أجبر على القلع قطعاً.

(**و**) الظاهر على الأول (**أنّه**) أي المعير، (**يبقيه بالأجرة**) من وقت الرّجوع إلى [وقت] الحصاد؛ لأنّ المنفعة بعد الرّجوع غير مباحة للمستعير، فإبقائه إجارة منه.

والثاني: لا أجرة له؛ لأنّ منفعةَ الأرضِ إلى الحصاد كالمستوفاة بالزّرع.

وأجيب بالقياس على الدّابّة المستعارة لنقل متاع إلى بلد، ثمّ رجع في الطريق، فإنّ له أخذ الأجرة لما بقي من الطّريق بالاتّفاق.

(**ولو كان**) المعير (**قد عيّن مدّةً**) للزّراعة كستة أشهر مثلاً (**وعَدمُ الإدراكِ**) برفع الميم وجّر الكاف، وروي بفتح الميم ورفع الكاف (**لتقصيره**)، على الأول متعلّق بمقدّر، وعلى الثاني متعلّق بعدم، (**بتأخير الزّراعة فله القلع مجاناً**)؛ إذ الضّرر ناشٍ من فعله، ولا دخل للمعير فيه. ولو لم يقصّر ولم يدرك فهو كالإعارة المطلقة.

وقيل: لا يقلع مجاناً مطلقاً؛ صوناً لماله عن الإضاعة بلا بدل[1].

ولو كان الزّرع ممّا يعتاد [قلعه] قبل الحصاد، كشعيرٍ يزرع للقصيل[2]، كُلّف المستعير قطعه بناءً على العرف.

(**وحميلُ السيّل**)[3]، أي: [المحمول المأتيُّ به] (**من ملك الغير إذا نبت في أرضه**) أي: أرضَ إنسانٍ، كنايةٌ عن غير مذكور للشّهرة (**فالنّابتُ لصاحب الحميل**) ولو كانت حبّة، أو نواة لا تعدّ مالاً، ما لم يعرض عنها المالك؛ لأنّها لم تخرج عن ملكه بنقل السّيل إياها، أمّا إذا كانت مُعرَضاً عنها، كالسّنابل السّاقطة بعد إعراض المالك عنها، فالنّابت منها لصاحب الأرض، كبَذر المُباحِ الجَبَليّ إذا نبت في ملكٍ.

(**والأصح**) فيما إذا كان النّابت لمالك الحميل، (**أنَّ لصاحب الأرض إجباره**) أي: إجبار مالك الحميل (**على القلع**) مجانا؛ لأنّه نبت في ملكه بغير إذنه، فأشبه ما لو تدلى

---

(١) قواعد ابن رجب ت مشهور (٢/ ١١٠)، والنجم الوهاج: (٤/ ٤٥٠) نقلا عن الإمام.

(٢) القصيل: هو الشَّعير يُجَزُّ أخضَرَ؛ لعلف الدواب، وسمي قصيلاً؛ لأنه يُقصَلُ وهو رَطبٌ. وقيل: لسرعةِ إنقصاله وهو رطبٌ. ينظر: لسان العرب (١/ ٣٠١)، المصباح المنير (١١/ ٥٥٨).

(٣) حميل السَّيل: هو ما حمله السيل من غثاء أو طينٍ أو غيره. وقيل: هو ما يجيء به السيل، وكل محمولٍ فهو حميلٌ، وقيل: حميل السيل: ما جاء به من طين أو غثاء، فإذا اتفق فيه الحبة واستقرت على شط مجرى السيلِ، فإنّها تنبت في يوم وليلة، وهي أسرع نابتة نباتاً. ينظر: لسان العرب (١١/ ١٦٠)، ومعجم مقاييس اللغة (٢/ ١٠٧)، تهذيب اللغة (٥/ ٦٠)، تاج العروس (٢/ ٢٢٢)، وتفسير غريب ما في الصحيحين (١/ ٢٣٠).

والسيل: اسم لمياه الأمطار إذا جرت وامتدت، أو هو الماء الكثير، أو الماء الآتي من حيث لا يحتسب. ينظر: لسان العرب (١١/ ٣٥٠)، و معجم مقاييس اللغة (٣/ ١٢٣)، والعين (٧/ ٢٩٩)، تكملة المجموع (١٥/ ٤٦٥).

أغصان شجرة غيره في هوى داره، فإنّ له قطعها مجاناً بالاتّفاق[١].

والثاني: لا إجبار له؛ لأنّه غيرُ متعدٍّ في ذلك، فيكون كالمستعير، ففيه التّفصيل، والفرق بين الشّجرة والزّرع[٢].

وإذا قلنا بالإجبار، فتسوية الأرض على القالع، أي صاحب الأرض؛ لأنّه قَلَعَ لتفريغ ملكه، ثمّ لا أجرة لمدّة بقائها قبل القلع، وإن كثرت؛ لعدم الفعل من صاحب الحميل. كذا قاله ابن الرّفعة[٣].

وقيل: تجب؛ لتّمكنه من القلع، ولم يقلع، فهو كالمعير إذا بقي[٤].

الاختلاف والخصومة في العارية

(**فصل: [إذا] قال راكب الدّابّةِ لمالكها**)، بعدما ركبها مدّةً لها أجرة، (**أعرتنيها**) وليس لكَ عليّ سوى ردّ الدابّة، [فها هي] خذها (**وقال المالك: أجرتكها**) مدّة كذا، ولِيَ عليكَ أجرةٌ. (**أو اختلف مالك الأرض وزارعها كذلك**)، بأن قال الزّارع: أعرتنيها، وليس عليك شيء.

وقال المالك: آجرتكها للزّراعة، ولي عليك كذا من الأجرة، (**فالمصدّق المالك**) في كلا الصّورتين (**على الأصح**) من القولين في أصح الطّريقين؛ لأنَّ طبائع النّاس مجبولة على حُبّ المال والضّنة[٥] به، فالغالب فيها يأذن بالانتفاع للغير في مقابلة عوضٍ؛ لأنّ المنافع كالأعيان في صحة المعاوضة عليها، وعلى هذا فيحلف كلّ منهما أنّه ما أَعارَهُ، وآجرَهُ،

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٣٩٠)، والروضة (٤/ ٨٧)، والعجالة (٢/ ٨٧٧)، والبحر (٩/ ٩)، النجم الوهاج (٥/ ١٦١).

(٢) أي ففيه التفصيل المذكور في العارية، وهو الإبقاء إلى أوان الحصادِ بالأجرةِ، إن كان زرعاً. وتخييرُ مالك الأرض، بين أن يتملّكها بالقيمة، أو يقلعها ويضمن إرش النقصان، وبين أن يبقيها بالأجرة، إن كان شجراً. ينظر: الروضة (٤/ ٧٨)، والعزيز (٥/ ٣٩٠)، والتهذيب (٤/ ٢٨٥).

(٣) "و لا أجرة عليه للمدة التي قبل القلع، كما في (المطلب)؛ لعدم فعله". مغني المحتاج (٢/ ٢٧٣).

(٤) لم أقف على قائل هذا القول في المصادر الموجودة عندي.

(٥) (ضَنَّ) بالشيء يَضَنُّ بالفتح (ضِنّاً وضِنَّة) بالكسر (ضَنَانَة) بالفتح أي: بَخِل فهو (ضَنِينٌ) به. ينظر: مختار الصحاح (ص٣٨٥)، والمصباح المنير (ص٢١٧).

ثمّ يستحق أجرة المثل دون المسّمى، وإن كان يَعنيه في الحلف؛ لعدم تصديق الخصم إياه في ذلك، والأصل عدم التّسمية.

والثاني: أن المصدّق الرّاكب والزّارع[١]؛ عملاً بظاهر اليد، ونظراً إلى أنّ الأصل براءة ذمته من الأجرة، فيحلف على كلّ منهما أنَّهُ ما استأجر، وأنّه استعار[٢].

ولو كان هذا الدّعوى بعد التّلف، فالمالك ينفي القيمة، [والمالك] والزّارع يثبتها، فإن مضى مدّة لها أجرة، فللمالك فائدة [في] الدعوى؛ لأنّه وإن كان ينفي القيمة، لكنّه يدّعي الأجرة، وإن لم تمض مدّة لها أجرة، فدعوى المالك الإجارةَ، عَليهِ لا لَهُ، وفيها إذا مضت.

فإن ساوت الأجرة القيمة، أو نقصت عنها، أخذها المالك بلا يمين؛ لاعتراف المتصرّف بها يلزم القيمة عليه.

وإن زادت الأُجرة، فيحتاج للزّيادة إلى اليمين؛ لأنّ اعترافه لا ينالها.

والطّريق الثاني: أنّ المصدّق في الأرض مالكها، وفي الدّابة راكبها[٣]؛ لأنّ الدّوابّ تكثر الإعارة فيها، بخلاف الأراضي، فإنَّ الأكثر فيها الإجارةُ، فينظر في كِلَيهما على الأكثر، وقطع بعضهم بهذا الطّريق، ولم يحك الأول.

(**وكذا**) القول قول المالك (**إذا**[٤] **قال المتصرّف**) أي: الرّاكب أو الزّارع، (**أعرتَني، وقال المالك: بل غصبتَ منّي**)؛ إذ الأصل عدم إذنه، فيحلف ويأخذ أجرة المثل.

والثّاني: أنّ المصدّق المتصرّف؛ لأنّ الأصل في اليد أن يكون بحقّ، والأصل براءة الذّمة[٥] وعدم الأجرة.

والطّريق الثاني: الفرق بين الدّابة والأرض، لكن على عكس ما تقدّم؛ لأنّ الغصب

---

(١) قال الرافعي في العزيز (٥/ ٣٩١)، والدميري في النجم الوهاج (٥/ ١٦٢): "وهو مذهب أبي حنيفة".

(٢) هذا القول مبني على القاعدة الفقهية الّتي أشار إليها الشارح، وهي: الأصل براءة الذمة. ينظر: شرح القواعد الفقهية (ص١١٤)، الأشباه والنظائر (ص٥٣ و٦٨).

(٣) اختار هذا القول القَفال. ينظر: العزيز (٥/ ٣٩٠)، روضة الطالبين (٤/ ٨٨)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٧٨).

(٤) في كتاب (المحرر) (لو).

(٥) (ألاصل براءة الذمة) قاعدة من القواعد الفقهية، ولها جزئيات كثيرة في الفقه الإسلامي. ولمزيد من الاطلاع. ينظر: قواعد الفقه (١/ ٥٨)، شرح القواعد الفقهية (١/ ١٠٥).

في الدّوابّ أكثر من الأراضي[1].

(**فإن كانت العين تالفة**) حين الدّعوى، (**فهما**) أي: [العارية والغصب](**متّفقان على الضّمانِ**) ويختلفان في أنّ المالك يدعي على المتصرّف الأجرة وأقصى القيم، والمتصرّفُ ينفي الأجرةَ، ويُثبِت القيمةَ (**لكن أصّح القولين: أنّ العاريّة تضمن بقيمة يوم التلف، دون أقصى القيم**) من الأخذ إلى التّلف؛ لأنّ العاريّة مأخوذة بإذن المالك، والتّصرّف فيها على حسب الإذن، والضّمانُ إنما يتوجه عليه عند التّلف، بدليل عدم وجوب الأجرة، بخلاف الغصب، فإنّ الضّمان متوجه على الغاصب في جميع المّدة، بدليل وجوب الأجرة في جميع المّدة، ولا يضمن بيوم الأخذ أيضاً؛ لأنّه لو ضمن به لَضَمِن ما سحق وانمحق باستعمالِهِ، وهو لا يضمن.

والثاني: يضمن بأقصى القيم، كالغصب بجامع الضّمان[2]، والفرق واضحٌ.

ومحلّ الخلاف إذا كان تالفاً لا بالاستعمال.

(**فإن كان ما يدَّعيه المالك**) وهو أقصى القيم، (**أكثر**) ممّا يدّعيه المتّصرّف، وهو قيمة يوم التّلف، بأن كانت قيمة يوم التّلف مائة، وأقصى القيم من الأخذ إلى التّلف مائة وخمسون (**احتاج للزّيادة**) وهو خمسون في مثالنا، (**إلى اليمين**)، فيحلف ويأخذها.

والحلف إنّما هو على الغصب المتّضمن للزّيادة، والحق أنّه يحتاج إلى اليمين مطلقاً إن أرادَ أَخذ أجرة المثل لمدّة الغصب. تَدَبَّر[3].

---

(١) هذا الكلام فيه اشارة الى خلاف بين العلماء في موضوع الغصب، حيث يرى بعض الفقهاء أنّ الغصب لا يتحقق في غير المنقولات كالأراضي والدور وغيرها. ورأي آخر يرى أنّ الغصب يتحقق في المنقولات وغير المنقولات. ولزيادة الإطلاع حول هذا الموضوع ينظر: البحر الرائق (٢١/ ٢٦٦)، الفقه الإسلامي وأدلته نقلاً عن: البدائع (٧/ ٤٥)، اللباب شرح الكتاب (٢/ ١٨٩)، تكملة الفتح (٧/ ٣٦٨)، وتبيين الحقائق (٥/ ٢٢٤)،= الشرح الكبير (٣/ ٤٤٣)، بداية المجتهد (٢/ ٣١١)، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٥) وما بعدها، المغني (٥/ ٢٢٣)، كشاف القناع (٤/ ٨٣) وما بعدها.

(٢) وفيه قول ثالث، وهو: قيمة يوم القبض، قال البغوي: "واتفقوا على أنه أضعف الأوجه تشبيهاً بالقرض". ينظر: النجم الوهاج (٥/ ١٦٣)، والعجالة (٢/ ٨٧٨)، نهاية المحتاج (٥/ ١٤٢)، و مغني المحتاج (٢/ ٢٧٤).

(٣) ينظر: نهاية المطلب (٧/ ١٤٤-١٥٥)، ففيه تفاصيل المسائل المذكورة في هذا الفصل.



كتاب الغصب

تعريف الغصب لغة وشرعاً

هو: أخذ الشّيءِ قهراً أو ظلماً[1]، قال الله تعالى: ﴿ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا ﴾[2] أي: قهراً أو ظلماً.

وفي الشرع: ما يذكره المصنف[3]، وهو محرّم عقلاً وشرعاً:

أمّا عقلاً؛ فلأنّ النفوس مجبولةٌ على أن تتأذى بما لا يلائم طباعها، وتستبشر وتفرح بما يلائم طباعها، ومن البيّن أنّ أخذ الشّيء من أحدٍ بلا إذنٍ منه ممّا يؤذيه.

وأمّا شرعاً؛ فقد قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ (البقرة:١٨٨).

وفسّر المفسرون الباطل: بالحرام الشّامل للغصب، والسّرقة، والرّبا، والقمار، والعقود الفاسدة[4].

---

(١) هذا التعريف هو: تعريف الغصب في اللغة، وأضيف إليه قيد آخر وهو: جهاراً، فقوله ظلماً مدخل للسرقة، وقيد جهاراً مخرج لها؛ لأن الغصب أنواع وأصناف: إن أخذه مكابرة يسمى محاربة. إن أخذه خفية يسمى سرقة. إن أخذه استيلاء يسمى غصباً. إن أخذه مما كان مؤتمناً عليه يسمى خيانة. ينظر: لسان العرب (١/ ٦٤٨)، والمصباح المنير (٢٦٦)، والتعريفات (١٣٣)، والنجم الوهاج (٥/ ١٦٨).

(٢) سورة الكهف، من الآية (٧٩).

(٣) وهو قوله: " الغصب: الاستيلاء على مال الغير .....إلخ "، وبمثله قال في: العزيز (٥/ ٣٩٦).

(٤) من هؤلاء المفسرين: ابن كثير، والرازي، والسيوطي، وأبو محمّد الاندلسي، وأبو سعود العمادي. ينظر: تفسير ابن كثير (١/ ٤٨٠)، والتسهيل لعلوم التنزيل (١/ ١٣٩)، والتفسير الكبير (٥/ ١٠٠) و (١٠/ ٥٧)، والدر المنثور (١/ ٤٨٩) و (٢/ ٤٩٤)، والمحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (١/ ٢٦٠) و (٤/ ١٩٧)، وتفسير أبي السعود (٢/ ١٧٠).

وقال ﷺ: «**حرمةُ مال المسلم كحرمةِ دمِهِ**»[١]، وقال: «**كلّ المسلم على المسلم حرامٌ، ماله ودمه وعرضه**»[٢]، وقال ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه**». وقال أيضاً: «**مَن غصب شبراً من الأرض طوّقه الله**» أي: ذلك الشّبر «**يوم القيامة من سبع أرضين**»[٣]، قيل: إنّما قال ذلك؛ لأنّ مَن ملك شيئاً من فوق الأرض فما يحاذي ذلك ملكه إلى الأرض السّابعة[٤]، فيقاسي إثمَ ذلك كلِّه.

ثمّ قيل: معنى الطّوق على الحقيقة، فيجعل الله ذلك طوقاً في عنقه[٥].

وقيل: يطوق إثم ذلك، ويلزمه لزوم الطّوق[٦].

وقيل: أراد طوق التّكليف، لا طوق التّقليد[٧]، يعني: يكلّف حملها[٨]، كما يكلّف حاكي الرّؤيا الكاذبة عقد الشّعيرات ولا يطيق[٩].

(**الغصب: الاستيلاء**) أي: الغلبة والقهر (**على مال الغير على جهة التعدي**) أي: التّجاوز من الحق إلى الباطل[١٠].

---

(١) رواه الشهاب في مسنده تحت الرقمين (١٧٧ - ١٧٨)، قال المناوي في: التيسير بشرح الجامع الصغير (١/ ٤٩٦): " غريب ضعيف "، وقال أبو نعيم الأصبهاني في: حلية الأولياء (٧/ ٣٣٤): " غريب ".

(٢) رواه مسلم، رقم (٣٢- (٢٥٦٤).

(٣) رواه البخاري: بألفاظ: منها: «**لا يأخذ أحد شبراً من الأرض بغير حق إلّا طوقه الله إلى سبع أرضين**». اوبلفظ (مَن غَصب) ورد في الوسيط، قال في التلخيص (٣/ ٥٤) بعدما أورد رواة الحديث وطرقها: " لم يروه أحد منهم بلفظ: (مَن غَصب) "، وقال في النجم الوهاج (٥/ ١٦٧): " أما لفظ: (غصب)، ففي كتب الفقهاء ".

(٤) قاله الخطابي وابن الجوزي. ينظر: عمدة القاري (١٢/ ٢٩٨).

(٥) قاله الخطابي والمناوي ورجحه البغوي. ينظر: عمدة القاري (١٢/ ٢٩٨)، وحاشية الرملي (٢/ ٣٣٦)، حاشية العدوي (٢/ ٣٦٩).

(٦) قاله النووي. ينظر: عمدة القاري (١٢/ ٢٩٨).

(٧) قاله ابن الجوزي. ينظر: عمدة القاري (١٢/ ٢٩٨).

(٨) قاله الخطيب الشربيني والرملي. ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٧٥)، حاشية الرملي (٢/ ٣٣٦).

(٩) أصل هذا القول، جزء من حديث طويل رواه البخاري، رقم (٧٠٤٢)، عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «**من تحلَّمَ بحُلم لم يَرَهُ، كُلِّفَ أن يعقِد بين شعيرتين ولن يَفعَلَ**»، قال ابن حجر: " والحق أن التكليف المذكور في قوله: كلف أن يعقد، ليس هو التكليف المصطلح، وإنّما هو كناية عن التعذيب "، لأنّه يكلف مالا يستطيع فيعذب، فكذلك الغاصب يكلف حملها، فلا يطيق فيعذب، إذن هو كناية عن استمرار التعذيب. ينظر: فتح الباري (١٢/ ٤٢٨)، بحر الفوائد المشهور بمعاني الاخبار (ص٣٢٠).

(١٠) الحاوي الكبير (٧/ ١٣٥)، والعزيز (٥/ ٣٩٧). ". قال النووي في المجموع (١٤/ ٢٢٣): "وقد عرف الماوردى الغصب بأدق ما رأيتُ تعريفاً"، ثم ذكر هذا التعريف للماوردي، والحاصل أنَّ الغصب:

فيخرج عن التّعريف الاستيلاء لا على جهة التّعدّي، كما إذا وقع الاستيلاء عن جهلٍ، استولى على مال أو أتلفه على ظن أنّه ملكه؛ فإنّه ليس بغصبٍ في الإثم، ولا في أقصى القيم[1]، وإن كان مضموناً بخطاب الوضع.

وخرج بقيد "الاستيلاء"، ما لو اتفق ذلك لا على سبيل الاستيلاء، كمن ألجأه المطر إلى دارٍ، فإنّه لا يكون غاصباً.

وذكر "المال" على سبيل الغلبة، أو على وجوب الضمان، وإلّا فالاستيلاء على الكلب والسّرجين وجلد الميتة، والحبّة من الحنطة مثلاً، وحق التّحجر[2]، وإزعاج ساكن الرّباط والمدارس والجلوس مكانه، وما أشبه ذلك [بغصبٍ] غصبٌ مُحَرَّمٌ يأثم به متعاطيها[3]؛ ولذا [عبّر] [في الروضة والمنهاج][4]: "بالحقّ" بدل "المال"؛ ليشمل كلّ ذلك[5].

***

إثبات اليد العادية سبب للضمان

(والمستولي بالرّكوبِ على دابّة الغير والجلوسِ على فراشه غاصبٌ، وإن لم ينقل)[6] قيدٌ لكليهما؛ لصدق تعريف الغصب عليه.

١ـ إما أن يكون فيه الإثم والضمان، كما إذا استولى على مال غيره المتموَّلِ عدواناً.
٢ـ أو يكون فيه الإثم دون الضمان، كما إذا استولى على اختصاص غيره، أو ماله الذي لا يُتمول عدواناً.
٣ـ أو يكون فيه الضمان دون الإثم، كما إذا استولى على مال غيره المتمول ظاناً أنّه ماله.

(١) "لأنّه خطأ، والخطأ لا مؤاخذة عليه شرعاً؛ لقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ (البقرة: ٢٨٦)، وقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، ولكن في هذه الحالة يبقى حكمان وهما: رد العين ما دامت قائمة، والغرم إذا صارت هالكة". نقلاً عن: فقه الإسلامي وأدلته (٦/ ٤٧٩٩).

(٢) أي: وضع الأحجار على حدودها الأرض الموات رمزاً لنية إحيائها.

(٣) ينظر: إعانة الطالبين (٣/ ١٣٦-١٣٧)، ونهاية الزين (١/ ٢٦٤)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٧٩).

(٤) الروضة (٤/ ٩٣)، وقال فيالمنهاج (١/ ٧٠): "هو: الاستيلاء على حق الغير عدواناً".

(٥) ينظر: دقائق المنهاج (٦٣)،، والنجم الوهاج (٣/ ١٦٨)، و عجالة (٢/ ٨٧٩).

(٦) إشارة إلى رأي الذين قالوا: من شروط الغصب أن لا يكون المغصوب ثابتاً، أي غير منقول، كأبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنَّ الغصب عندهما لا يتصور إلَّا في غصب المنقول؛ لأنَّ إزالة يد المالك بالنقل والتحويل التي يتحقق بها معنى الغصب عندهما، لا تتحقق إلا في المنقولات. الفقه الإسلامي وأدلته (٦/ ٤٧٩٠-٤٧٩١).

[ثمّ قصد]الاستيلاء شرطٌ لحصول الإثم[١]، لا لوجوب الضّمان عند الجمهور،[وهذا] معنى قول صاحب الروضة: "سواء قصد الاستيلاء أو لم يقصد"[٢].

وجعل بعضهم قصد الاستيلاء شرطاً للضّمان أيضاً، وكذا النّقل، وعدّه المصنف وجهاً، وإلى خلاف النقل أشارَ بقوله مبالغاً: "وإن لم ينقل" على الأصح[٣].

[ولو نقل] شيئاً ليرى أطرافه وهو يريد شراه، أو اتّخاذ شيء مثله، أو ساق دابّةً؛ ليتأمّل مشيها تفرّجاً، أو[أراد] الشّرى ولم يدفعها إلى مالكها ولم يضع الشّيء المنقول عند مالكه بمرأىً منه ضمن؛ لأنّه يصدق عليه غاية الاستيلاء، وهو التّصرف بغير إذن المالك[٤].

(ولو دخل دار الغير وأزعجه) أي: أخرجه قهراً **(عنها فكذلك)** غاصبٌ، ولا يشترط في ذلك قصد الاستيلاء؛ لأنّ وجود الاستيلاء يغني عن قصده؛ لأنّه ثبت ما يفوّت المنفعة على مالكه.

(ولو أزعجه وقهره على الخروج من الدار) [أي: ومنعه] من دخولها **(ولم يدخله)**[أي: الغاصبُ الدّار] **(فالأشبه)** من الوجهين: **(أنّه يصير غاصباً أيضاً)** أي: كما لو دخله؛ لوجود الاستيلاء، وتفويت المنفعة على المالك، ويجعل ذلك منه كالقبض في المنقول. أَلا يُرى أنّه لا يشترط في البيع في قبض العقار، الدّخول فيه، بل يكفي التّخلية[٥] والتّسلّط؟

ومقابل " الأشبه "، ما ذكره الغزالي في: الوسيط: " أنّه لا يكون غاصباً إلّا بالدّخول "[٦].

فعلى الأول: لو ذهب وترك الدّارَ لم يبرأ من الضّمان، إلّا بدخول المالك فيها.

ولو منعه من نقل الأمتعة فيها فهو غاصبٌ لها أيضاً، لا على الوجه المرويّ عن

---

(١) وهو استحقاق المؤاخذة في الآخرة؛ لأنّه ارتكبَ معصيةً عمداً، ويؤدب بالضرب والسجن إذا كان مميزاً صغيراً، أو كبيراً عند الحنفية والمالكية، ويعزر عند الشافعية، لحق الله تعالى. ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٦/ ٤٧٩٨-٤٧٩٩).

(٢) الروضة (٤/ ٩٨).

(٣) ينظر: العزيز: (٥/ ٤٠٦)، وروضة الطالبين: (٤/ ٩٨)، والوسيط في المذهب: (٣/ ٣٨٧).

(٤) ينظر: العزيز (٥/ ٤٠٧)، روضة الطالبين (٤/ ٩٩)، والنجم الوهاج (٥/ ١٦٩).

(٥) هي: رفع الموانع والتّمكين من القبض، مثل أخذ مفتاح الدار من قبل المشتري.

(٦) قال الغزالي في الوسيط (٣/ ٣٨٧): " فإن قيل: فما حدُّ الغصب في العقار؟ قلنا: له ركنان: الأول: إثبات الغاصب يدَه، وذلك لا يحصل إلّا بالدخول في العقار، والآخر: إزالة يد المالك، وذلك يحصل بإزعاجه "، قال في الروضة (٤/ ٩٨): "وهو ضعيف".

الغزالي، تَبَعاً للدّار على زعمه.

(ولو سكن بيتاً)[١] في دارٍ **(ومنع المالك منه دون باقي الدّار، فهو غاصب لذلك البيت وحده)**؛ لأنّ غاية الاستيلاء، وهي: تفويت المنفعة على المالك، مقصورٌ على ذلك البيت، فلا يستتبع غيره.

(ولو دخل على قصد الاستيلاء) أي: على أن لو كان المالك فيها يزعجها، **(ولم يكن المالك فيها، فهو غاصب)**؛ لحصول غاية الاستيلاء مع قصده[٢]، ولا يشترط هنا كونه قويّاً، بحيث يغلب صاحب الدّار[٣]، وأفهم قوله: "على قصد الاستيلاء"، أنّه لو دخله لا على قصد الاستيلاء، بل على أن يراها [ليشتري] مثلها، أو [ليبني]على هيئتها، فلا يكون غاصباً؛ لعدم الاستيلاء فعلاً ونيةً[٤]، بخلاف ما لو كان منقولاً فنقله؛ ليتأمّله ثمَّ وضعه موضعه، وقد مّر[٥].

(وإن كان فيها مالكها، ولم يزعجه) الغاصب **(فهو غاصبٌ لنصف الدّار)** لا غير؛ لأنّ الاستيلاء إنّما حصل[على نصفها]؛ لثبوت يد المالك معه عليها، فهما كغاصبين استوليا على دارٍ غير مختصّ بأحدهما[٦].

وفي وجه: يدخل الكلّ في ضمان الغاصب، كما لو استولى اثنان على منقول، فيدخل كلّه في ضمان كلٍّ منهما.

وفي وجه: لا يكون غاصباً إلّا لموضع يجلس عليه؛ لبقاء سلطنة المالك فيها.

وهذا قويٌّ جدّاً[٧].

---

(١) أي: غرفة من غرف الدار.

(٢) لقوله ﷺ: «إنَّما الأعمال بالنيات». رواه البخاري، باب بدء الوحي، رقم (١).

(٣) ينظر: العزيز (٥/ ٤٠٧)، روضة الطالبين (٤/ ٩٨).

(٤) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٧٦).

(٥) ينظر: العزيز (٥/ ٤٠٧)، والروضة (٤/ ٩٩)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٨٠). وقد مر قبل أسطر.

(٦) ينظر: العزيز (٥/ ٤٠٧)، روضة الطالبين (٤/ ٩٨)، النجم الوهاج (٥/ ١٧٠)، مغني المحتاج (٢/ ٢٧٦).

(٧) قال الدميري في: النجم الوهاج (٥/ ١٧٠): "وقال بعض الأصحاب: لا يكون غاصباً لشيء منها، كما لو أخذ بعنان الدابة وصاحبها راكب".

(**إلّا أن يكون**) الداخل (**ضعيفاً، لا يُعدّ مثله مستولياً على صاحب الدّار**)؛ فإنّه لا يكون غاصباً لشيء منها، وإن قصد الغصب؛ إذ القصد لا يتأثر بدون التمكّن، ومتى لا يجعل غاصباً فلا يلزمه إلّا أجرة موضع يشغله[1].

وحكم الأراضي والبساتين والحمام حكم الدّار في جميع ما ذكر[2].

(**وعلى الغاصب الردّ**) أي: ردّ المغصوب[3] إمّا على مالكه، أو [على] وكيله في ذلك، أو وَليّه، أو الحاكم عند فقدان الجميع، لما روى البيهقي: أنّه ﷺ قال: «**لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لا جاداً ولا لاعباً، فإذا أخذ فليردها عليها**»[4]. ولما روى أبو داود: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديّه**». ولأنّه ظالم يجب عليه رفع الظلم، وهذا إنّما يكون بذلك، وسكت عن المكان المردود فيه، والصّحيح أنّه يجب عليه الردّ في مكان الغصب، فلا يجب على المالك قبولها في غيره، إذ القيمة يتفاوت بتفاوت الأماكن.

(**وإن تلف المغصوب في يده، ضمنه**)؛ دفعاً للظّلم، وإيصالاً للحق إلى المستحق بقدر الإمكان.

والمراد بالتّلف: تعذر الرّدّ والعجز عنه، سواءٌ كان بفعله، أو بفعل غيره، أو بآفةٍ سماوية.

والكلام في كيفية الضمان يأتي في الفصل الثالث منه.

***

---

(١) ": حيث لا يجعل غاصباً لا يلزمه أجرة، كما دلَّ عليه كلام القاضي في فتاويه، فإنّه قال: لو دخل سارق ولم يمكنه الخروج وتخبأ في الدار ليلة فلا أجرة عليه؛ لأنّ اليد للمالك. وقال الأذرعي: ما ذكره القاضي مشكل لا يوافق عليه. وهذا أوجه؛ لأنّه صدق عليه أنّه استمر في داره ليلة بغير إذنه". مغني المحتاج (٢/ ٢٧٦).

(٢) ينظر: النجم الوهاج (٥/ ١٧١).

(٣) إن كان باقياً، هامش .

(٤) رواه أبو داود: ، رقم (٥٠٠٣)، وليس فيه « فإذا أخذها فليردها عليها »، و البيهقي في السنن الكبرى، رقم (١١٤٩٩) و (١١٥٤٤) بلفظ: «**لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جاداً، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه= فليردها إليه**»، قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٦٧)، وابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٦٩٦): "قال الترمذي: حديث حسن غريب".

الإتلاف مباشرةً أو تسبُّباً يوجب الضمان

(**ولو أتلف مال الغير في يده**) من غير استيلاء عليه (**فكذلك يضمنه**)، سواء كان عن قصد أم لا، وسواء كان في يد المالك أم لا، وذكر اليد على الغالب.

وهذه المسألة وما بعدها، لمّا اشتركت الغصبَ في الضّمان مباشرةً أو تسبُّباً، ذكروها في كتاب الغصب استطراداً؛ لأنّ موجِب[١] الضّمان لا ينحصر في الغصب، بل الإتلاف مباشرةً وتسبُّباً أقوى في ذلك من الغصب[٢]؛ لأنه يوجب اشتغال الذّمة بالضّمان عند وجوده، بخلاف الغصب، فإنّه إنّما تشتغل الذّمةُ بالضّمان عند تلفه[٣].

(**وإذا فتح رأس زق**[٤] **مطروحٍ على الأرض**) عَرَضاً، وفيه مائع من دُبسٍ أو دُهنٍ مُذاب، (**فاندفق ما فيه**) أي: سال ما فيه على التّدريج، (**بالفتح**) أي: بسببه، (**أو منصوبٍ**) عطف على "مطروحٍ"، ورُويَ "منصوباً" على خبرية كان المقدّر (**فسقط**) ذلك المنصوبُ (**بحلّ الوكاء**)[٥] أي: بسببه، (**وضاع ما فيه**) بالدّفق والذّهاب على الأرض، (**ضمن**)؛ لأنّ الدّفق المؤدّي إلى التّلف، متولد من فعله منسوب إليه.

(**[ولو سقط]**) الزّق المنصوب، (**بعارض ريح**)، أو بوقوع زلزلة، (**لم يضمن**) الفاتحُ ما تلف بالدّفق؛ لأنّ الدّفق الموجب للتّلف بالرّيح لا بفعله، ويؤخذ من هذا: أنّه لو كان ما فيه جامداً، فجاء آخر واستوقد ناراً بقربه، فذاب ما فيه وخرج وضاع، ضمن المُستوقِد دون الفاتح[٦]؛ لأنّ الخروج الموجب للتّلف بفعله، لا بالفتح.

---

(١) أي: سببه، والمقصود به: موجِب دخول المال في الضمان. ينظر: أسنى المطالب (٢/ ٣٣٦).

(٢) هذا إشارة إلى الأسباب الأخرى للضمان غير الغصب في الشريعة: الأول: الإتلاف، أي: الهلاك كالقتل والاحراق. الثاني: التسبب للإتلاف، كالإكراه على إتلاف مال الغير، أو على قتل شخص. الثالث: اليد، وهي ضربان: يد غير مؤمنة، كيد الغاصب والمستام والمستعير، ويد أمانة إذا وقع منها التعدي، كالوديعة والشركة. ينظر: التحرير (١/ ٣٤٥)، الذخيرة (٣/ ٣١٧)، الفتاوى الكبرى (٤/ ٤٨٩)، والروضة (٤/ ٩٤و٩٧).

(٣) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٧٧-٢٧٨)، النجم الوهاج (٥/ ١٧٢).

(٤) الزِّقّ بالكسر: السِقاءُ أو الظرف، وقيل: وعاء للشراب. ينظر: لسان العرب (١٠/ ١٤٣).

(٥) الوكاء: ما يشد به الكيس وغيره. لسان العرب (١/ ٢٠١).

(٦) فيه وجهان: الوجه الأول: يضمن المستوقد، وهو الأصح والأظهر، والوجه الثاني: أنّه لا ضمان على واحد منهما. ينظر: الوجيز (١/ ٣٨٠)، العزيز (٥/ ٤٠١)، روضة الطالبين (٤/ ٩٥).

واحترز بقوله: "بعارض ريح"، عمّا إذا كان [الريح] موجوداً عند الفتح، فإنَّه من ضمان الفاتح؛ لأنّ فعله مقارن للموجب[١].

فإن قلتَ: إذا فتح رأس زقّ فيه جامدٌ، فأصابه الشّمس فذاب ما فيه وضاع، ضمنه الفاتح بالاتّفاق[٢]، فهلّا يكون عروض الرّيح كذلك؟

قلتُ: لأنّ طلوع الشّمس [ووصولها] إليه متحقّق، وربّما يقصده الفاتحُ، والرّيح ليس كذلك، ففي الشّمس عَرضٌ على التّلف دون الرّيح.

والرّيحُ مثالٌ، وإلّا فاصطدام الحيوان به، ووقوع الزّلزلة، ووقوع حجر متدحرج بفعل مَن لا يعتدّ بفعله، كالرّيح.

وحلّ السّفينة كحلّ وكاء الزّق بلا فرق، فإن قارن فعلُهُ الموجِبَ[٣] ضمن، وإلّا فلا[٤].

(**ولو فتح قفصاً عن طائر، وهيّجه**)[٥]، أي: طعنه بنحو خشب، أو صاح به (**حتى طار، فعليه الضّمان**) بالاتفاق[٦]؛ لأنّ خروجه وطيرانه ناشئٌ من فعله، وهو الفتح والتهييج.

وقوله: "حتّى"، مشعرٌ بأنه لو أمسك عن التّهييج قبل الطّيران، [أو] انفصل طيرانه عن التّهييج، فلا ضمان عليه؛ لخروجه وطيرانه باختياره.

ويمكن أن يكون على الخلاف الآتي:

(**وإن لم يزد على الفتح**)، فلم يهيّجه (**فالأظهر**) من ثلاثة أوجه، أو أقوال:

(**أنّه**) أي: الطائر (**إن طار في الحال، وجب الضّمان**)؛ لأنّ طيرانه منسوب إلى فعله.

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٤٠١)، روضة الطالبين (٤/ ٩٤)، النجم الوهاج (٥/ ١٧٣).

(٢) ينظر: العزيز (٥/ ٤٠١)، روضة الطالبين (٤/ ٩٥)، النجم الوهاج (٥/ ١٧٣).

(٣) أي: للضمان.

(٤) ينظر: العزيز (٥/ ٤٠١)، والروضة (٤/ ٩٥)، والوسيط (٣/ ٣٨٤)، والعجالة (٢/ ٨٨١).

(٥) هاج الشيء هَيَجاناً وهِياجاً بالكسر ثار. ينظر: المصباح المنير (ص٣٨٣).

(٦) ينظر: العجالة (٢/ ٨٨١)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٧٨)، والنجم الوهاج (٥/ ١٧٣)، و البحر (٩/ ٧٩).

(وإن وقف) ساعةً لا لدهشته **(ثمّ طار لم يجب)** الضّمان؛ لأنّ طيرانه بعد الوقوف مشعرٌ بأنّه طار باختياره، فلا يكون من فعل الفاتح.

والثاني: يضمن مطلقاً، سواء طار في الحال، أو وقف ثمّ طار؛ لأنّه لو لم يفتح لما طار، فالفتح سببٌ للطّيران، وهو فَعَلَهُ.

والثالث: لا يضمن مطلقاً؛ لأنّ للطّائر اختياراً في الطّيران، و لم يصدر من الفاتح تهييج[1].

ويجري الخلاف في فتح باب الإصطبل[2] عن الدّواب، وحلّ قيد العبد المجنون، أو فتح باب سجنه[3].

ولو فتح رأس قليب[4] فيه حنطة مثلاً، فجاء آخر وأخذها، فالضّمان على الآخذ، دون الفاتح، وإن ابتلت بالمطر، أو حرقت بنارٍ، ولولا الفتح لما ابتلت وما حرقت، فالضّمان على الفاتح.

[حكم المتعاون مع الظلمة]

اعلم: أنّ الظَلَمَةَ في زماننا صاروا ضارّين بالطبع كالسّباع بل أضرّ منها، فدلالتهم على مال مَن يريدونَ أخذ ماله، وإعلامهم به من موجبات الضّمان، حتّى للمالك أن يأخذ حقّه ممّن شاء من الدّالّ والظّالم الآخِذِ، والقرارُ عليه.

هذا، وإن لم يكن من أصل المذهب[5]، إلّا أن الفتوى يتغيّر بتغيّر الزّمان[6]، كما

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٤٠١-٤٠٢)، و روضة الطالبين (٤/ ٩٥)، وبحر المذهب (٧٩-٨٠).

(٢) الإصطبل: مكان الدواب أو موقف الدابة. ينظر: لسان العرب (١١/ ١٨)، اللطائف في اللغة (١/ ٢٩٨).

(٣) ينظر: العزيز (٥/ ٤٠٣)، والروضة (٤/ ٩٥-٩٦)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٧٨-٢٧٩)، والنجم (٥/ ١٧٤).

(٤) القليب : البئر، وهو هنا ما يسمى بالكردية: "چاڵه گەنم" . ينظر: لسان العرب (٥/ ١٣٧).

(٥) ينظر: نهاية المحتاج (٨/ ٣٣١).

(٦) ينظر: اعلام الموقعين (٣/ ٣-١٠٠)، ودرر الحكام (١/ ٤٣)، وقواعد الفقه (ص١٣٣)، شرح القواعد الفقهية (ص٢٢٧)، وتغير الأحكام دراسة تطبيقية لقاعدة: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير القرائن والأزمان" في الفقه الإسلامي (رسالة دكتوراه قدمت لقسم: الشريعة بجامعة الجنان/ لبنان/ ٢٠٠٦).

صرّح بـه الشّيخ جنيـد[١] مـن أصحـاب الشـافعي، والمُـزني مـن معاصريـه وتلاميـذه فأفتينا بـه؛ زجراً عـن [السِعاة] الفَسَقَةِ عـن إغراء الظَلَمَةِ عـلى أمـوال المسلمين، كإغـراء الطلـوس[٢] إلى الخـروف، والضّرغـام[٣] إلى الأغنـام[٤].

***

إذا انبنت على يد الغاصب يدٌ آخرى

(**فصـل: الأيـدي المترتبـةُ عـلى يـد الغاصـب، أيـدي ضـمان**) بمعنـى: أنّـه يتخـيّر المالـك في الطلـب مـن الغاصـب ومَـن ترتّبـت يَـدُه عـلى يـد الغاصـب عنـد تلـف المغصـوب؛ لثبـوت يـد كل منهـم عـلى مـال الغـير بـلا إذن، ولا اسـتحقاق (**سـواء علـم صاحبهـا**) أي: صاحـب الأيـدي المترتبـة (**الغصـب أَم لا**)؛ إذ العلـم بالتعـدي ليـس بـشرط لثبـوت الضـمان؛ لوقـوع موجبـه في خطـاب الوضـع[٥]، ولهـذا **لا** فـرق بـين أن يكـون في أصلهـا أيـدي ضـمان، كالعاريـة والـشّري والسرقـة والغصـب أم **لا**، كالوديعـة والإجـارة والمضاربـة[٦] والشركـة، إلّا إذا كان الثـاني حاكـماً، أو أمينـه، وَوَضَعـه الغاصـب عنـده ليحفظـه لمالكـه، وكـذا مَـن انتـزع المغصـوب لـيردَّهُ إلى مالكـه إن كان الغاصـب حربيـاً، أو عبـداً للمغصـوب منـه[٧].

---

(١) هـو: أبـو القاسـم جنيـد محمّد بـن جنيـد النَّهاونـدي ثـم البغدادي، شيخ الصوفيـة والزهـاد والمسـاكين، تفقه= على أبي ثـور أحـد أصحـاب الشـافعي، وكان يفتـي في حلقتـه وعمره عشرون سنة، تـوفي رحمه الله يـوم السـبت في شـوال سـنة (٢٩٨) هـ. ينظر: طبقـات الفقهـاء (١/ ١٩٤)، وطبقـات الشـافعية للأسـنوي (١/ ١٦٣)).

(٢) الطلوس جمع الطِّلس: وهو الذئب الأمعَط. ينظر: المصباح المنير (ص٢٢٤)، تاج العروس (١٦/ ٢٠١).

(٣) الضِرغام الأسد. مختار الصحاح (ص٣٨٠).

(٤) قـال ابـن عمـر باعـولي في بغيـة المسترشـدين (ص٣٢٧): "سـعى بشـخص عنـد ظـالم فأخـذ منه مالاً ظلماً بسـبب سـعايته، إن عـرف ذلـك الظـالم بأخـذ المـال ممـن سـعي بـه إليـه وكان السـعي ظلـماً كان لـه الرجـوع بـها أخـذ منه على السـاعي فيـما يظهـر، كـما أفتـى بـه ابـن زيـاد تبعـاً لابـن عبـد السـلام والطنبـداوي، وخالفـاه في التحفـة والنهايـة قبيـل الدعـوى ونسـبا ذلـك إلى الشـذوذ".

(٥) ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٧٩)، والنجم الوهاج (٥/ ١٧٥)، وعجالة المحتاج (٢/ ٨٨١).

(٦) المضاربة هو القراض.

(٧) ينظر: الوجيز (١/ ٣٨٠)، العزيز (٥/٤٠٨)، والروضة (٤/ ٩٩)، والوسيط (٣/ ٣٨٨)، والعجالة (٢/ ٨٨١)،ومغني المحتاج (٢/ ٢٧٩)، والنجم الوهاج (٥/ ١٧٥).

(**ثمّ إن علم**) صاحبها أي: صاحب الأيدي المترتبة على يد الغاصب الغصب أي: علم أنّ الأول غاصب، ويده عليه يد تعدٍ (**فهو كالغاصب من الغاصب**)؛ لعلمه بغصبه، و إن كان يَدُه يدَ أمانةٍ، كالوديعة، (**حتى يستقر ضمان ما تلف في يده عليه**)[1]، لكن لا يسقط المطالبة عن الأول، و إنّما يستقرّ الضمان عليه؛ لالتزامه ذلك؛ لعلمه بأنّه متصرّف في مال الغير بغير إذنه.

[(**وإن جهل**)] صاحب الأيدي المترتبة الغصبَ (**فإن كانت اليد**) الثانية (**في**) أصل (**وضعها يد ضمانٍ كالعارية**) والشّرى والغصب (**فيستقرّ ضمان ما تلف على الثّاني**)؛ لأنّه لو نقل إليه من مالكه ضمنه، فمن الغاصب بالطّريق الأولى، وليس فيه تغرير من الغاصب؛ لدخوله في الجهة على التزام الضّمان، فلا رجوع له على الغاصب لو غرم، ولو غرّم الغاصب فله الرّجوع عليه.

نعم، لو كانت القيمة في يد الغاصب أكثر، فلا يطالب الثّاني بالزيادة، والقرار في الزّيادة على الغاصب.

(**وإن كانت**) اليد الثّانية (**يدَ أمانةٍ كالوديعة**) والمضاربة والشّركة والمساقاة (**فالقرار على الغاصب**)[2] فيما تلف عند الثّاني؛ لأنّ الثّاني غير ملتزم للضّمان عند دخوله في العقد، وقد غرّه الغاصب، فيرجع إذا غرّم على الغاصب، دون العكس.

(**ولو أتلف الآخذ من الغاصب**) المغصوب (**مستقلاً به**) أي: بالإتلاف (**فالقرار عليه**) أي: على الآخذ المُتلِف (**بكل حال**) أي: سواء علم الغصبَ أم لا، وسواء كانت يده يدَ ضمان أم لا؛ لأنّ المباشرة أقوى مِن الشّرط والسّبب؛ ولأنّ الإتلاف بمجرّده يشغل الذّمة بالضّمان، واليد العادية لا تشغلها إلّا بالتّلف.

(**وإن حمله**) أي: الآخذَ (**الغاصبُ عليه**) أي: على الإتلاف، ومنه احترز بقيد

---

(١) لأنّ حد الغصب صادق عليه، ويطالب بكل ما يطالب به الغاصب، ولا يرجع على الأول إن غرم، ويرجع عليه الأول إن غرم، أما إذا كانت القيمة في يد الأول أكثر، فالمطالب بالزيادة الأول خاصة. ينظر: العزيز (٥/ ٤٠٨)، الروضة (٤/ ٩٩)، والعجالة (٢/ ٨٨١)، النجم الوهاج (٥/ ١٧٥)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٧٩).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٩٩).

"الاستقلال" (**كما إذا قَدَّمَ الطّعام المغصوب إليه**) أي: [إلى] أحدٍ غير مالكه (**ضيافةً، فأكله فكذلك**)[أي:]القرار على الآخذ (**في أصح الوجهين**)[(١)]؛ لأنّ المباشرة للتلف، والمباشرة أقوى من اليد العادية كما ذكرنا.

والثاني: أنّ القرار على الغاصبَ؛ لتغريره الآكل بتقديمه إليه[(٢)].

ومحلّ الخلاف: فيما إذا جهل الآكل، فان علم فالقرار عليه بلا خلاف[(٣)].

ولو قدّم طعاماً إلى أحدٍ وقال: هو لي، فأَكَلَهُ: فإن ضمن الآكل لم يرجع إلى الغاصب[(٤)]؛ لأنّه المباشر، وإن ضمن الغاصب لم يرجع على الآكل[(٥)]؛ لأنّه معترف بأنّه مظلوم، والمظلوم لا يرجع إلّا على ظالمه، فليس القرار على واحد منهما.

ولو صرّح المضيفُ بحلّ ما يقدم إلى الضّيف، بأن قال: هذا ملكي فكُله فإنّه حلال، فأكله اعتماداً على قوله، ثمّ بانَ كونه مغصوباً أو مسروقاً أو مأخوذاً بوجه محرّم، فإن غرّم المضيف لم يرجع على الآكل؛ لأنّه الذّي غرّه حتى أكل، وإن غرّم الآكل يرجع على المضيف.

(**وعلى هذا**) أي: على الأصح، (**فلو قدمه إلى مالكِهِ، فأَكلَهُ**) أو كان ثوباً فألبسه، أو باع منه ولم يأخذ الثّمن، أو أعاره، أو وهب منه، (**برئ الغاصب**)؛ لأنّه أعاد المغصوب إلى مالكه[(٦)]، وقد تمكّن من التصرف فيه حقيقة فيبرأ بالنّص، وهو قوله ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**».

ومنهم من قطع بهذا ولم يجر فيه خلاف الأجانب.

---

(١) في كتاب (المحرر) (القولين). قال الرافعي في: العزيز (٥/ ٤٠٩): "وهو المشهور من الجديد، وبه قال أبو حنيفة والمزني"، وقال النووي في: روضة الطالبين (٤/ ١٠٠): "على الأظهر المشهور في الجديد".

(٢) قال الرافعي في العزيز (٥/ ٤٠٩): "ويروى هذا عن القديم، وبعض كتب الجديد".

(٣) ينظر: النجم الوهاج (٥/ ١٧٦)، والعزيز (٥/ ٤٠٩)، والروضة (٤/ ١٠٠)، والمهذب (١/ ٣٧٣).

(٤) العزيز (٥/ ٤١٠)، والروضة (٤/ ١٠٠).

(٥) ينظر: العزيز (٥/ ٤١٠)، وروضة الطالبين (٤/ ١٠٠).

(٦) ينظر: الأم (٣/ ٢٥٥)، والمجموع (١٤/ ٢٧٤)، والمهذب (١/ ٣٧٤)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٨٠).

ومحل الخلاف عند جهل المالك، وهو واضح[1]، لكن لو أودعه، أو رهنه، أو آجره من **المالك**، وهو جاهل بالحال فتلف عنده لم يبرأ الغاصب؛ لأنّه إنّما دفع إليه لغرض نفسه[2]، صرّح به شارح اللّباب[3].

ولو قال الغاصب **للمالك**: أعتق هذا العبد، فأعتقه جاهلاً بالحال، عتق العبد وبرئ الغاصب.

ولو صال المغصوب على مالكه، عبداً كان أو حيواناً آخر، فقتله المالك في الدّفع لم يبرأ الغاصب وإن عَلِمَ أنّه مُلكُهُ؛ لعدم الضّمان عليه والحالة هذه، فهو كتلفه بنفسه.

ولو كانت المغصوب جارية فزوّجها من مالكها، واستولدها[4] نفذ الاستيلاد، وبرئ الغاصب[5].

ضمان الآدمي

(**فصل: تُضمَنُ نفس الرقيق بالقيمة**) بالغةً ما بلغت، لا بالمثل صورةً؛ لأنّ المماثلة الصّورية لا يكاد يوجد في الإنسان، فإذا تعذّرت المماثلة يرجع إلى بدله؛ دفعاً للظلم، وإيصالاً للحق إلى المستحق بقدر الإمكان (**سواء أتلف**) قتلاً وإخراجاً عن تمكّن الرّد (**أو تلف تحت اليد العادية**)[6]، لا بسبب من أسباب التّعدي.

---

(١) قال الرافعي في العزيز (٥/ ٤١٠)، والنووي في الروضة (٤/ ١٠١): "لو قدّم الطعام المغصوب إلى مالكه، فأكله جاهلاً بالحال، فإن قلنا في التقديم إلى الأجنبي: إن القرار على الغاصب، لم يبرأ من الضمان، وإن جعلنا القرار على الآكل برئ الغاصب، وربما نصر العراقيون الأول. ونقل الإمام عن الأصحاب أن البراءة هنا أولى من الاستقرار على الآكل". ينظر: الوسيط (٣/ ٣٨٩)،

(٢) ينظر: المجموع (١٤/ ٢٧٤-٢٧٥)، المهذب (١/ ٣٧٤)، مغني المحتاج (٢/ ٢٨٠).

(٣) لم أعثر على نسبة هذا القول إلى شارح اللباب في الكتب الفقهية الموجودة عندي. وشارح اللباب هو: عبد الغفار بن عبد الكريم بن عبد الغفار القزويني نجم الدين الشافعي، كان أحد الأئمة الأعلام، له اليد الطولى في الفقه والحساب وحسن الاختصار، وكان من الصالحين أرباب الأحوال والكرامات، توفي في المحرَّم سنة (٦٦٥) هـ، من تصانيفه: شرح اللباب المسمى بالعجاب، والحاوي الصغير وكلاهما في فروع الفقه الشافعي، وكتاب في الحساب. ينظر: تأريخ الأسلام (٤٩/ ١٩٧)، طبقات الشافعية الكبرى (٨/ ٢٧٧-٢٧٨).

(٤) أي: وتسلمها. ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٨٠)، وحواشي الشيرواني (٦/ ١٥).

(٥) ينظر: حواشي الشيرواني (٦/ ١٥).

(٦) المراد باليد: القدرة على التصرف. عن تبيين الحقائق (٥/ ٢٢٤).

وفيها إذا أتلف وجهٌ: أنّه يجب المقدر في الحر؛ نظراً إلى صورة الإنسان.

[وقيدُ: اليد العادية "]؛ لكون الباب في التّعدي، وإلّا فيدُ المستعير والمستام كاليد العادية، ولو قال: "يد ضامنة" سلم عن المؤاخذة[1].

(و) تُضمن **(أبعاضه التّي لا يُتقدّر أرشها من الحر)** كالبكارة وكسر الضّلع والدامية وما بعدها إلى الإيضاح وحَلَمَة الرَّجُلِ[2] وقطع قلفة من لحم الفخذ وغير ذلك **(بما ينقص من القيمة)**. متعلّقٌ " بتُضمنُ " الملفوظ أو المقدر المدلول عليه به؛ لأنّه مالٌ كسائر الأموال ولم يقدر له أرش فيها يماثله، فلا بُدّ من الرّجوع إلى نقصان القيمة سواء حصل بجناية جانٍ أو بآفةٍ سماوية.

(وكذا) تُضمن بما ينقص من القيمة **(الّتي يتقدّر أرشها من الحر)** كاليد والرِّجل والموضحة والهاشمة **(إن تلفت تحت اليد العادية)**؛ اذ لا تأثير لأحد فيها بالتّفويت، فكأنّها لم يقدّر لها أرش.

فلو غصب عبداً وسقط يده، أو أعور مثلاً، ولم ينقص إلّا ثلث القيمة لزم ذلك فقط، وإن كان في الحر يوجب نصف الدّية.

(وإن أتلفت) تلك الأبعاض بجناية جانٍ **(فكذلك)** [أي:] تُضمن بما ينقص من القيمة **(على القديم)** المنصوص عليه في رواية الزّعفراني؛ نظراً إلى أنّه مال كسائر الأموال[3]، فكما لا فرق فيها بين التّلف والإتلاف فكذلك في الرقيق.

(وعلى الجديد) المنصوص عليه في مختصر المزني[4] **(يتقدّر)** أرشها **(من الرّقيق أيضاً)** [أي:] كما يقدّر في الحر؛ لأنّها حصلت بتفويت جانٍ فيجعله عليه كالحر؛ تغليظاً عليه **(والقيمة في حقه كالدّية في حق الحر)** فيجعل الحرّ أصلاً، ويقاس عليه الرّقيق **(حتى يجب في يد العبد نصف قيمته كما يجب في الحر نصف ديته)**، وإن لم ينقص إلّا رُبع

---

(١) هذا التعليل ذكره الخطيب الشربيني أيضاً في: مغني المحتاج (٢/ ٢٨٠).

(٢) هي: رأس ثدي الرجل. ينظر: العين (٣/ ٢٤٧)، ولسان العرب (١٢/ ١٤٧).

(٣) قال الكوهجي في زاد المحتاج (٢/ ٣٠٠٩) : "قياساً على البهيمة؛ لأنه حيوان مملوك".

(٤) مختصر المزني (١/ ٢٤٧).

القيمة مثلاً، وفي الموضحة نصف عشر الدّية، وفي ذكره وانثييه قيمتان، وإن زاد قيمته بقطعهما.

ويفهم من قولنا: "تغليظاً عليه" أنّ محلّ الجديد فيما لم ينقص المقدّر عن أرش ما نقص من القيمة، فإن نقص بأن نقص بقطع يده ثُلثا قيمته وجب أكثر النّقصين، فالحق أن يقال: الواجب أكثر الأمرين من الأرش المقدّر وأرش النقصان؛ لاجتماع السببين، حتى لو كانت قيمة العبد ألفاً فقطعت يده ونقصت أربعمائة وجب خمسمائة، ولو نقص ستمائة وجب سبعمائة، وعلى هذا فقس.

والمستولَدة[1] والمُكاتَب والمُدبَّر والمعلّق عتقه بصفة، كالقن[2] فيما ذكر.

ضمان غير الآدمي

(**وأمّا غير الرقيق من الحيوان فيضمن بالقيمة**) باتّفاق القولين، إذ لا مشابهة لها من الحرّ، وتعذر المماثلة، فلا بدّ من القيمة أتلف أو تلف، وتضمن أجزاؤها بما ينقص من القيمة، إلّا أن يكون النقص بحيث يفوت به المنفعة الكليّة، كأن قطع يَدَ حمار فإنّه يضمن جميعه؛ لأنّه لا قيمة لِلَحمه وجلده، وقد بطل نفعه وهو الحمل، بخلاف قطع يد البقر أو الغنم.

***

ضمانُ المال المثلي وتعريفه

(**و أمّا غير الحيوان من الأموال فينقسم إلى مثليّ و متقوِّم، أمّا المثلي فأظهر [ما ذُكر] في تفسيره**) من ثلاثة أوجه: (**أنّه الذي يحصره الكيل أو الوزن، ويجوز السّلم فيه**)[3]، فخرج بقيد: "**الوزن أو الكيل**": المعدودات والمزروعات، كالحيوان والثياب.

---

(١) المستولَدة: بفتح اللام، الأمة التي وطئها مالكها فأتت بولد. معجم لغة الفقهاء (٢/ ٢٠).

(٢) العبد القن: الرقيق كامل الرق، أو الرقيق الذي لم يطرأ عليه مكاتبة ولا تدبير ولم تصبح أم ولد. معجم لغة الفقهاء (١/ ٣٦١).

(٣) وهو الأصح و الأحسن. ينظر: العزيز (٥/ ٤٢١)، والروضة (٤/ ١٠٨)، ومنهاج الطالبين (١/ ٧٠).

وبقيد " جواز السّلم ": اللآلي الكبار والمختلطات المقصودة الأركان، وسائر ما لا يجوز السّلم فيها على ما مرّ في السلم.

وإنّما اشترط جواز السلم فيه؛ لأنّ المسلم فيه ثبت في الذّمة بالوصف، والمثليّ المضمون بالتلف يثبت في الذّمة فيشبهه لذلك، لكن يرد على هذا التفسير الحبوب المختلطة بعضها ببعض، كالشعير بالحنطة فإنّه لا يجوز السّلم فيه، ويجوز ردّ مثله.

والثاني: حذف فيه قيد " جواز السّلم "؛ لئلّا يرد عليه مختلطات الحبوب.

والثالث: زاد على القيدين: " جواز بيع بعضها ببعض "، فيخرج به العنب والرّطب وما أشبه ذلك[1].

(**فيدخل فيه**) [أي:] في التّفسير على الأظهر (**الماء والتراب**)، إذا كانا على صفتهما الأصلية فلو أغلى الماء أو شوي التراب، خرجا عن كونهما مثليين بعدم جواز السلم فيهما.

(**والصّفر والتّبر**)، أي: الذهب والفضة الغير المضروبين (**والمسك، والكافور، والقطن، والعنب، والدّقيق**)، لجواز السلم في كل ذلك مع انحصارها بالكيل أو الوزن.

والمراد **بالقطن**: الذي أخرج حبّه بالجرجك[2] فإنّه قبل ذلك متقوّم.

(**وتخرج عنه**) أي: عن التفسير المذكور (**الغوالي**) جمع غاليةٍ، [وهي:] المركّب من العود القماري[3] والمسك الأذفر[4] والعنبر غير [الرّبوب][5] والكافور، سمي

---

(١) قال الرافعي في العزيز (٥/ ٤١٩)، والنووي في الروضة (٤/ ١٠٨): " زاد القفال وآخرون: اشتراك جواز بيع بعضه ببعض ".

(٢) جاء في قاموس: ههمبانه بۆرینه (كردي - فارسي) (ص٢٠٣): " چیكهنه: ئامرازی پهمۆ خاوێن كردنهوه ". يعني: جيكهنه: أداه لتنظيف القطن، وفيه أيضاً: " چرك: داری دهستی ههلاج ". يعني: جرك: العصا الذي في يد الحلاج. وأظن أنّ كلمة الجرجك إمّا تصحيف لهذين الكلمتين، أو أنَّ المنطقة التي عاش فيها الشيخ المصنف يسمون: أحد الأشياء المذكورين بالجرجك، والله أعلم.

(٣) نوع من العود ينسب إلى مدينة، أو جزيرة في بلاد الهند، يقال لها القَمار أو قَماريان. ينظر: لسان العرب (٥/ ١١٥)، معجم البلدان (٣/ ٤٤)، معجم ما استعجم (٣/ ١٠٩٤).

(٤) الأذفر: شدة الريح خبيثة كانت أو طيبة. طلبة الطلبة (١/ ٢٤٠).

(٥) معناه: عنبر غير معصور؛ لأنّ العنبر: نوع من الطيب. والربوب: عصارات مقومة بنفسها. ينظر: القانون في الطب (٣/ ٤٦٢)، المطلع على أبواب المقنع (١/ ١٣٣).

غالية؛ لغلوها ومبالغتها في [الطّيب] **(والمعجونات)**، بأنواعها من أطرفيل الكبرى[١] والصغرى[٢] ومادّة الحياة[٣] وأنوش داروي[٤] والفلونياء[٥] ومعجون السّلاطين، وقد ذكرته في السلم. وهذه ممّا يخرج بقيد: " جواز السلم ".

(ويضمن كلّ ما هو مثليّ بالمثل، سواء أتلف أو تلف تحت يد العادية) لقلّةِ اختلافه مع التّالف، فهو أقرب إليه من القيمة.

لكن لو كان المغصوب ماءً في موضع إعواز[٦] الماء، وأراد أن يضمن مثله بين الجدوال والأنهار، فالأصح: أنّه لا يُكتفي بذلك، بل تؤخذ منه قيمة زمان الغصب ومكانه[٧].

فقد وجدت في بادية ملواحا يشتري ريّه مرّة بثمان دنانير سليمانية.

(فإن لم يسلّم المثلَ، [حتى فُقِدَ أُخِذَت منه القيمةُ])؛ توفية لحق المالك على حسب الإمكان.

(وأصح الوجوه) الثلاثة[٨] **(أنّ القيمة المعتبرة)** الّتي تبرأ بها ذمة الغاصب **(أقصى القيم)** أي: أرفعها و أعلاها **(من يوم الغصب، إلى يوم إعواز المثل)** أي: فقدانه-يقال: عوز الشّيء إذا فُقد-؛ لأنّه مأمور بأداء المثل في تلك المدة، وأجزاءُ المدة كلها محلُّ جواز الأخذ، ففي أيّ زمانٍ كان قيمة [المثل] أكثر وجب التغريم بالنسبة إليه؛ لأنّ بقاء [المثل] فيها كبقاء المتقوّم، وفيه أقصى القيم بالاتفاق.

---

(١) معجون نافع لإسترخاء المعدة، ورياح البواسير الباطنية، ويزيد في الباه. ينظر: القانون (٣/ ٤٥٥).

(٢) معجون نافع للمعدة، وأرياح البواسير، وتحسين للوجه. ينظر: القانون في الطب (٣/ ٤٤٧).

(٣) يسمى: معجون الفلاسفة أيضاً: مقو للنفس، يقطع سلس البول، ويسكن الرياح، ويزيد في المني، يذهب أوجاع الظهر والمفاصل والخاصرة وغير ذلك. ينظر: القانون في الطب (٣/ ٤٠٧).

(٤) أنوش دارو: دواء هندي يقوي القلب والبدن، ويحسن اللون، ويطيب النكهة والعرق، نفعه للكبد عظيم، يؤخذ قبل الطعام وبعده. ينظر: القانون في الطب (٣/ ٤١٠).

(٥) معجون مسكن ومخدر. ينظر: فرهنگ معين (قاموس معين) (فارسي) (ص١٠٩٤)، والقانون في الطب (٢/ ٦٨١).

(٦) أعوَزه الشيء إذا احتاج إليه فلم يَقدِر عليه، والإعواز: الفقر. مختار الصحاح (ص٤٦٢).

(٧) ينظر: النجم الوهاج (٥/ ١٨٢)، مغني المحتاج (٢/ ٢٨٢).

(٨) قال الرافعي في العزيز (٥/ ٤٢٢): "وفي القيمة المعتبرة عشرة أوجه"، لكنه ذكر أحد عشر وجهاً، وقال في الأخيرة: "فهذا وجه آخر إن كان ثابتا"، والنووي ذكر أحد عشر وجها كذلك. ينظر: الروضة (٤/ ١١٠)، والنجم (٥/ ١٨٥)، والعجالة (٢/ ٨٨٣).

والثاني: من يوم الغصب إلى يوم التلف؛ لأنّه اليوم الذي يعدل فيه إلى القيمة.

والثالث: من الغصب إلى المطالبة؛ لأنّ وجوب ردّ القيمة إنّما يكون عند المطالبة.

(**وإذا نقل الغاصب المغصوب المثليّ إلى بلد آخر**) غير البلد الذي غصب فيه، (**فللمالك أن يكلّفه ردّه**) وهو الأصل- و " ردّه " إمّا بدل كلّ من الضمير المنصوب في يكلّفه، أو منصوب بنزع الخافض وإيصال الفعل، أو يستعمل فعل التكليف متعدياً إلى مفعولين- (**وله أن يطالبه بالقيمة في الحال**)، ويكون المأخوذ وثيقةً إلى أن يردّ المثلَ إليه، ويسمى ضمان الحيلولة[1] (**فإذا ردّه**) أي: ردّ الغاصب المثلَ (**ردّ القيمة**) أي: ردّ المالكُ القيمة المأخوذة للحيلولة (**واستردّه**) أي: أسترد المالك المثل من الغاصب، فيصل كل منهما إلى ماله.

وقيل: إذا أدى القيمة إلى المالك، ملك المغصوب؛ لأنه قابل للنقل، وقد ملك المالك بدله، وهو القيمة المأخوذة، فيملك الغاصب المُبدل؛ لئلّا يجمع البدل والمبدل في ملك واحدٍ، وهو موجَهٌ[2].

(**ولو تلف**) المغصوب المثليّ (**في البلد المنقول إليه، طالبَ**) المالكُ الغاصبَ (**بالمثلِ، في أي البلدين شاء**)؛ لأنّ له مطالبته برد عين المغصوب فيهما، فإذا [تعذّره ردّ العين، عليه تعيّن عليه] الضمان بالمثل.

(**فإن فقد المثل**) في البلدين (**غرّمه**) أي: المالكُ الغاصبَ (**قيمة أكثر البلدين قيمةً**)؛ لأنّ القيمة يختلف باختلاف الأمكنة، وكان للمالك مطالبته بالمثل في البلدين، فيغرمه بأقصى القيم فيهما، قياساً مطّرداً تغليظاً عليه، ويؤخذ من هذا أنّه لو تغير المغصوب من حال إلى حال بفعل الغاصب أو بغيره، ثمّ تلف يضمن بأكثر الحالين قيمةً، بأن غصب عنباً فصار زبيباً، أو سمسماً فاتّخذ منه شَيرَجاً[3]، أو حنطة فطحنها وتلف،

---

(١) سبق من الشارح تعريف ضمان الحيلولة في مبحث الإقرار،عرف الشيخ عز الدين ابن عبد السلام ضمان الحيلولة فقال: "إذا خرج المغصوب عن يد الغاصب وجب ضمانُ الحيلولة بالقيمة أكثرَ ما كانت من حين الغصب إلى وقت الطلب، ولا يملكه بدفع قيمته، وعلى المالك ردُّها إذا رجع المغصوب،".الغاية في اختصار النهاية" (٤/ ٢٨٨) رقم:"١٩٦٤).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ١١٧)، البيان (٧/ ٢٠)، النجم الوهاج (٥/ ١٨٦).

(٣) الشَّيرَج: دهن السمسم. المصباح المنير (ص١٨٦).

فللمالك أن يغرمه بأكثر الحالين قيمةً، وإن كان التغيّر من [مثليٍّ] إلى مثليّ.

ولو اتّخذ من المثليّ متقوّماً، بأن غصب دقيقاً فخبّزها، أو بمرتبتين بأن كان حنطةً فطحنها ثمّ خبّزها، أو قطناً فغزلها ثمّ نسجها، فإن كان قيمتُه مثلياً أكثر غرّمه بها، وإن كان متقوماً أكثر فيغرّمه بقيمته متقوّماً.

(**ولو ظفر**) المالك (**بالغاصب، في غير بلد التّلف، فالظاهر**) من الوجهين (**أنّه**) أي: المغصوب (**إن كان ممّا لا مؤنة**) أي: مشقة (**في نقله**) أي: إلى بلد الغصب (**كالدّراهم و الدّنانير**) القليلة، (**فله المطالبة بالمثل**)؛ إذ لا ضرر على واحد منهما.

(**وإن كان له مؤنة**) كقفيز[1] من الحنطة (**فلا مطالبة**) للمالك من الغاصب بالمثل، و لا تكليف للغاصب على المالك بقبول المثل؛ لوجود الضّرر من الجانبين (**و لكن يغرّمه قيمة بلد التّلف**)[2] بأقصاها؛ [قطعاً للنزاع].

والثاني: له مطالبته بكل حال؛ لأنّه إذا التزم المالك ضرر النّقل بالمطالب، فلا تلتفت إلى ضرر الغاصب بالتّحصيل والإتيان إلى ذلك البلد رغماً عليه[3].

ونقل الجلاليّ وجهين: فيما إذا غرّم القيمة في غير بلد الغصب أو التلف، ثمّ اجتمعا في بلد الغصب أو التلف، هل للمالك ردُّ القيمة و طلب المثلِ؟ وهل للغاصب استرداد القيمة وبذل المثل؟ و بناهما على ما إذا غرّم القيمة لفقد المثل ثمّ وجد المثل، وصحّح عدم الجواز[4].

---

(١) مكيال قديم يختلف باختلاف البلاد، والقفيز الشرعي يساوي ١٢ صاعا، وهو يساوي عند الحنفية ٤٠، ٣٤٤ لترا = ٣٩١٣٨ غراما من القمح، وعند غيرهم ٩٧٦ ، ٣٢ لترا = ٢٦٠٦٤ غراما. ينظر: معجم لغة الفقهاء (١/ ٤٤٣) و(٢/ ٤٧).

(٢) وهو الوجه الصحيح وقطع به الأكثرون. ينظر: العزيز (٥/ ٤٢٥)، والروضة (٤/ ١١٢).

(٣) وفيه وجه ثالث: إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة بلد التالف أو أقل طالبه بالمثل، وإلّا فلا. ينظر: العزيز شرح الوجيز (٥/ ٤٢٥)، روضة الطالبين (٤/ ١١٢)، مغني المحتاج (٢/ ٢٨٤).

(٤) قال الجلالي: " فرع: إذا غرم القيمة ثم اجتمعا في بلد التلف، هل للمالك ردّ القيمة وطلب المثل؟ وهل للآخر استرداد القيمة وبذل المثل؟ فيه وجهان: فيما لو غرم القيمة لفقد المثل، ثم وجده، هل له ولصاحبه ما ذكر؟ أصحهما لا ". كنز الراغبين (٣/ ٣٣)، وينظر: العزيز (٥/ ٤٢٥)، والروضة (٤/ ١١٣)، والتهذيب (٤/ ٢٩٤).

ضمان المال المتقوِّم

(وأمّا المتقوّم) وهو ما عدا المذكور من الأموال، أي: الذي لا يحصره الوزن [أوالكيل]، ولا يجوز السّلم فيه.

ثمّ لا يخلو إمّا أن يكون منافع أو أعياناً. أمّا المنافع ففي اعتبار ضمانها وجهان:

أحدهما: أنّها تضمن بأرفع أجرة المثل في المدّة، حتى لو سكن في الدّار شهراً مثلاً، وكان في عشرة أيام منها كلّ يوم درهمان، وفي عشرة ثلاثة، وفي عشرة واحد، يلزمه تسعون؛ لأنّه أرفع أجرة المثل في المدة(١).

والثاني: أنّها تضمن في كل بعض من أبعاض المدّة بأجرة مثلها فيه، وهذا هو المختار(٢)، فعلى هذا يلزمه في مثالنا ستون(٣).

وأمّا ألأعيان: **(فيضمن بأقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم التّلف)** فينظر إلى أعلى أحوالها وأرفعها قيمةً، فتُضمن بها؛ لأنّه في جميع الأحوال غاصبٌ يجب عليه الردّ فيها، ويتوجه عليه المطالبة بردّها، فإذا لم يردّ وتلفت وجب بدلها، ثمّ التقويمُ يكون بنقد البلد.

والقول في القيمة إذا اختلفا قول الغاصب؛ لأنّه منكرُ الزيادة، والأصل عدمها.

وفي وجهٍ مرويٍ عن البارقيّ(٤): " أنّها تضمن بقيمة يوم الغصب "(٥)؛ لأنّ القيمة

---

(١) وهو أضعف الأقوال. ينظر: العزيز شرح الوجيز (٥/ ٤٣٢)، روضة الطالبين (٤/ ١١٨).

(٢) وهو الأظهر كما قاله الرافعي، والأصح كما قال النووي. ينظر: العزيز (٥/ ٤٣٢)، روضة الطالبين (٤/ ١١٧).

(٣) وفيه وجه ثالث: أنّها تضمن في كل بعض من أبعاض المدّة بأجرة مثلها فيه، إن كانت الأجرة في أول المدة أقل، فإن كانت في الأولى أكثر، ضمنها بالأكثر في جميع المدة؛ لأنه لو كانت العين في يده فربما يلزمه بها في جميع المدة. ينظر: العزيز (٥/ ٤٣٢)، روضة الطالبين (٤/ ١١٧).

(٤) لم أعثر في الكتب الفقهية على أي شخص من الفقهاء بهذا اللقب. فهو إمّا تصحيف من قبل كُتابِ النُسخ، أو لقب خاص من استعمال الشيخ المصنف، كما هو دربه في بعض الأحيان مثل تسميته للشيخ جلال الدين المحلي بـ (الجلالي). وقال السيوطي في: بغية الوعاة (٢/ ٢٥٦): " أبو القاسم بن عبد المؤمن بن عبد الله بن راشد البارقي، قال الخزرجي في: طبقات أهل اليمن: كان فقيهاً بارعاً في النحو بصنعاء".

(٥) هو القول المختار عند الحنفية والمالكية. ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٦/ ٤٨٠٣).

تقوم مقام العين من حيث المالية عند تعذّر المماثلة.

وفي وجهٍ: بقيمة يوم التّلف؛ لأنّ الواجب عليه ردّ العين، وينتقل بالتّلف إلى القيمة فيعتبر يومئذٍ.

وقيل: بقيمة يوم الطلب؛ لأنّه اليوم الذي يتقاضا مالكها[١].

قال الإسنوي: "وما يقال: "أنّ التقويم بنقد البلد، والواجب هذا النّقد" **محلُّه** فيما إذا لم ينقل من [بلد إلى بلدٍ]، فإن نقل فيلزم أرفعُ البلدانِ قيمةً وأجودها نقداً؛ لأنّه مطالب فيها كلّها "[٢].

***

حكم الإتلاف بدون الغصب

(وفي الإتلاف) أي:[إتلاف المتقوّمات بلا غصب]**(بقيمة يوم التّلف)**؛ لأنّه اليوم الذي اشتغل ذمته بقيمته، ولا اعتبار بزيادة القيمة قبله.

(فإن جنى) على بهيمةٍ مثلاً **(وحصل التّلف بتدريجٍ)** شيئاً فشيئاً **(وسرايةٍ)** أي: بازدياده شيئاً فشيئاً - فكأنّه تفسيرٌ للتدريج - **(واختلفت القيمة)** فيما بين الجناية والتّلف **(فالواجب الأقصى أيضاً)**[٣] أي: كما في المغصوب؛ لأنّ نقصان القيمة نشأ من فعله، فلو كانت قيمة البهيمة وقت الجناية مائة، وبعدها بأيام تسعون، ثمّ عند التّلف خمسون، فالواجب مائة.

ولو حبس دابةً فلم يُخلِّها لترعى ومنَع المالكَ من علفها حتى ماتت، ولم يعلم اختلافُ قيمتها، فالواجب قيمة يوم الحبس؛ لأنّها المتيقّن.

***

---

(١) قاله أبو حنيفة. ينظر: المبسوط (١١/ ٥٠)، بدائع الصنائع (٧/ ١٥١).

(٢) نسب الخطيب الشربيني هذا القول إلى الإسنوي أيضاً. ينظر: النهاية (٧/ ١٨٢)، والبحر (٩/ ٢٥-٢٧)، والمغني (٢/ ٢٨٤).

(٣) قال ابن الملقن في عجالة المحتاج (٢/ ٨٨٤)، والدميري في النجم الوهاج (٥/ ١٨٩): "لأنا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية فلأن نعتبره في نفس الإتلاف أولى". ينظر: مغني المحتاج (٢/ ٢٨٥).

ما كان نجس العين لا يضمن

(فصل: لا يُضمن الخمر لمسلم ولا لذميّ)؛ لأنّها غير متقوّم شرعاً؛ [لكونها] نجس العين، وكذا النّبيذ عندنا، ويقاس عليه كل نجس العين، كالكلب والخنزير وجلد الميتة والمائع النّجس والأدهان النّجسَة.

وأمّا الحشيش المسكر [فعند]ابن الملقن منها[١]، وليس كذلك؛ [لأنّه لم ينجس] وإن حرم أكله، ولا يلزم من حرمة الأكل حرمة الانتفاع لدواءٍ وغيره[٢].

ويأثم بغصب الكلب المنتفع به، والسِّرقين[٣] وجلد الميتة القابل للدّباغ، ويجب عليه الردّ ما بقيت[٤].

(ولا تُراق خمورُ أهل الذّمة)؛ لأنّه مال متقوّم عندهم، وهم مقرّرون على الانتفاع بها.

وأراد بهم اليهودَ والمجوسَ دون النّصارى؛ لأنّ الخمر عندهم ليس بمالٍ، والخنزير في حقهم كالخمر في حق اليهود؛ حتّى لا يتعرّض لقتله، وإن أظهروا أكله على الصّحيح[٥].

(إلاّ إذا أظهروا[٦] **شربها أو بيعها)** أو هبتها، فهي تكون كخمور المسلمين؛ حتى يجب على المحتسب[٧] وغيره إراقتها، إلّا إذا شرطوا ذلك عند عقد الجزية فيتبع الشّرط[٨].

(وتردُّ عليهم) فيما إذا لم يُظهِروا الشّربَ ونحوه[٩] وجوباً **(إذا بقيت العين)**؛ لأنّهم مقرّرون

---

(١) قال ابن الملقن في عجالة المحتاج (٢/ ٨٨٤): "وكذا الحشيشة، إن ثَبَتَ أنها مُسكِرةٌ فيما يَظهَرُ".

(٢) دقائق المنهاج (ص٣٦)، والفتاوى الفقهية الكبرى (٤/ ٣٣١-٣٣٢).

(٣) السِّرقين: بكسر السين وسكون الراء الزبل وما أشبهه، أو زبل الدواب، ويعبر عنها بالسرجين كذلك. ينظر: لسان العرب (١١/ ٣٠٠)، مشارق الأنوار (٢/ ٢١٣).

(٤) ينظر: المنثور في القواعد (٢/ ٧٧).

(٥) هذا التفريق لم يذكره الرافعي في العزيز. ينظر: العزيز (٥/ ٤١٣).

(٦) ضابط الإظهار: أن يكون بحيث يطلعون عليهم من غير تجسس. ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٨٨٤).

(٧) المحتسب: من ولاه السلطان لينكر المنكر إذا ظهر فعله، ويأمر بالمعروف إذا ظهر تركه. معجم لغة الفقهاء (١/ ٤٩٦).

(٨) "هذا إذا كانوا بين أظهرنا، فإن انفردوا بقرية مثلا فلا يتعرض عليهم إذا تظاهروا بالخمر ونحوها". مغني المحتاج (٢/ ٢٨٥).

(٩) كالبيع.

على ذلك كإبقاء التوراة وقراءتها وتَعليمِها وتَعَلُّمِها، لكن على وجه الخفاء والخوف.

(وكذا) تُردّ (الخمر المحترمة إذا غصبت من مسلم) كما يجب ردّ كلبه وسرقينه وجلد ميتته؛ لأنّ للمسلم إمساكها، وكل ما يجوز إمساكه حرم أخذه ووجب ردّه.

[الخمر المحترمة وغير المحترمة]

ثمّ قال المصنف هنا[1] المحترمة: " ما عصرت مطلقاً من غير قصد الخمرية ".

وقال في الرهن: " هي التي عصرت بقصد الخَلّية "[2].

وبينهما عمومٌ من وجه؛ لأنّ ما عصرت لا بقصد شيء، محترمٌ على الأول دون الثاني[3].

وسوّى بينهما الجلاليّ حيث قال: " المحترمة ما عصرت بقصد الخلّية أو بلا قصد الخمريّة "[4].

فكأنّه زعم أنّ مراد المصنف بالعبارتين شيء واحد.

ومن المحترمة ما عصرت قبل التحرّم.

***

لا يجب في إبطال الأصنام وآلات الملاهي شيء

(والأصنام) جمع صنم، وهو الوثن، و يختلف باختلاف [عابديها: فمنهم من يتّخذه على صورة الإنسان، ومنهم من يتّخذه على صورة البقر، ومنهم من يتّخذه على صورة

---

(١) قال في العزيز (٥/ ٣٥٢): " إذا غصب عصيراً، فتخمر عنده كان للمغصوب منه تضمينه، مثل ما العصير لفوات المالية، وذكروا أنّ على الغاصب إراقة الخمر، فلو جعلت محترمة، كما لو تخمرت في يد المالك من غير قصد التخميرية لكان جائزاً ".

(٢) العزيز (٤/ ٤٨١).

(٣) قال الخطيب الشربيني في: مغني المحتاج (٢/ ٢٨٥): " قال الرافعي هنا: هي التي عصرت من غير قصد الخمرية، وهو أولى من قوله في الرهن: هي التي عصرت بقصد الخلية، فالتي عصرت بغير قصد شيء محترمةٌ على الأول دون الثاني".

(٤) قال الجلالي: " وَهِيَ الَّتِي عُصِرَت بِقَصدِ الخَلِّيَّةِ، أَو بِلَا قَصدِ الخَمرِيَّةِ ". وقال الخطيب الشربيني بمثله في الإقناع، ورجح قول الثاني. ينظر: حاشيتا قليوبي- عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين (٣/ ٣٤)، والإقناع للشربيني (١/ ٩٤).

النّسر أو العقاب]، ومنهم من يتّخذه على صورة فرسٍ ذي الجناحين، وغير ذلك.

وحكم الصّليب في ذلك حكم الأصنام، وهي: خشبة مُثلّثةٌ يعبدها النصارى؛ لزعمهم أنّ عيسى (على نبيّنا وعليه الصلاة والسلام)، صلب عليها[١].

(وآلات الملاهي) كالطُّنبُور[٢] والرّباب[٣] والعود والبَربَطُ[٤] والصَّنج[٥] والنايات كلّها إلّا الشّهين[٦] عند المصنف[٧]، دون النّووي[٨].

والفرق بين الشّهين والمزمار العراقيّ، باتصال نحو القصب بفمه في المزمار دون الشّهين[٩].

(لا يجب في إبطالها) بالكليّة (وتغيرها) في الجملة (شيء) من الضمان؛ لأنّها محرّمة

---

(١) في المخطوطة (٢٧٢٦)، و (٢٨٣) مكتبة الحاج حالص ومخطوطة مكتبة الخال: "صُلب بمثلها".

(٢) الطنبور: آلة من آلات اللعب واللهو والطرب ذات عنق وأوتار. ينظر: مختار الصحاح (ص٣٩٨)،.

(٣) الرباب: آلة وترية ذات وتر واحد. المعجم الوسيط (١/ ٣٢١).

(٤) البربط: العود، أعجمي يشبه صدر البط . ينظر: لسان العرب (٧/ ٢٥٨)، تهذيب اللغة (١٤/ ٤٢).

(٥) الصنج ويسمى (الصفاقتان) أيضاً: من آلات الملاهي، وهما من صُفرٍ مدوران يضرب أحدهما بالآخر، والصنج ذو الأوتار يختص به العجم. ينظر: المصباح المنير (ص٢٠٩)، أسنى المطالب (٤/ ٣٤٥).

(٦) لم نعثر على كلمة (الشهين) في كتب اللغة والفقه الموجودة لدينا، لكن كُتب في هامش (٣١٧٢): (لوله يا شمشال). وفي هامش (٢٨٣): (أي: بلوێر). و (بلوێر، أو لوله، أو شمشاڵ) أسماء كردية مرادفها بالعربية (اليَرَاع). ينظر: فەرهەنگی دەریا) (٢/ ١٦٥٣)، فالظاهر أنه تحريف من النساخ والصحيح: " الشبابة"، قال النووي في «روضة الطالبين: (١١/ ٢٢٨):«قُلتُ: الأَصَحُّ أَوِ الصَّحِيحُ تَحرِيمُ اليَرَاعِ، وَهُوَ هَذِهِ الزَّمَّارَةُ الَّتِي يُقَالُ لَهَا الشَّبَّابَةُ»، وقال الإسنوي في المهمات " (٦/ ٣٤):«واعلم أن آلات الملاهي فيها ما لا يحرم كالدف، وكذا الشبابة على رأى الرافعي،»، وقال المحلي في «المهمات في شرح الروضة والرافعي» (٦/ ٣٤):

«واعلم أن آلات الملاهي فيها ما لا يحرم كالدف، وكذا الشبابة على رأى الرافعي،»، وقال المحلي في كنز الرغبين بحاشيتي قليوبي وعميرة» (٤/ ٣٢١): «قَالَ فِي الرَّوضَةِ بَعدَ تَصحِيحِهِ أَيضًا، وَهُوَ هَذِهِ الزَّمَّارَةُ الَّتِي يُقَالُ لَهَا الشَّبَّابَةُ »، وقال أهل اللغة: اليراع القصب، واحدته يراعة، واليراعة مزمار الراعي وهي: الزمارة التي يقال لها الشَّبَّابَةُ. ينظر: لسان العرب (٨/ ٤١٣)، وتهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٦٢٢)، والمحكم (٢/ ٢٤٣).

(٧) ينظر: العزيز (١٣/ ١٥).

(٨) لأنّ اليراع عند الرافعي يختص بالمزمار العراقي دون غيره مثل: الشهين، وعند النووي يشمل المزمار العراقي وغيره. ينظر: العزيز (١٣/ ١٥)، والروضة (٨/ ٢٠٥-٢٠٦)، والمنهاج (ص١٥٢).

(٩) فالذي يتصل بالفم هو الشبابة، بالكردية: بلوير، والذي لا يتصل بالفم هو الناي، بالكردية: شمشال= والشهين محرف من الشبابة. والله أعلم.

الاتخاذ، فلا قيمة على كاسرها، كما لا أجرة لصانعها؛ إذ القيمة في مقابلة الصّنعة.

(والأظهر) من الوجهين: **(أنّها)** أي: الأصنام والآلات **(لا تكسر الكسر الفاحش)** بأن تجعل رُضاضاً [١]، **(ولكن تُفصل أجزاؤها حتى تعود)** أي: تصير **(كما كانت)** أي: مثل ما كانت **(قبل التّأليف)** أي: تركيب أجزائها؛ لأنّ الاسم يزول بذلك، فالزيادة عليه عَبَثٌ خارجٌ عند حدّ الاعتدال [٢].

والثاني: تكسر وترضض؛ حتى ينتهي إلى حَدٍّ لا يمكن اتّخاذ آلة محرّمة منه، لا المنكسر ولا غيره.

(فإن لم يتمكّن المحتسب) أو القادم أيّ قادمٍ كان [٣] **(مِن رعاية هذا الحدّ)** المشروع؛ **(لمنع مَن في يده المنكر)** يمنعه من الوصول إليه؛ ليفعل ما يشاء باختياره **(أبطله)** أي المنكر **(كما تيسّر)**، وإن صار رضاضاً فلا يجب حينئذ عليه شيء.

فعلى الوجهين: لا يجوز إحراقها؛ لأنّ رضاضها متموّل، ومَن أحرقها فعليه قيمتها مكسورةً بالحدّ المشروع، ومَن جاوز الحدّ المشروع بغير إحراق، فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحدّ المشروع، وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي جاوزه من الحدّ المشروع [٤].

وفي الثاني: لا شيء عليه [٥].

وذكرُ المحتسِب على الغالب، وإلّا فقد قال صاحب الروضة: "أنّ المرأة والصبي المميز والعبد والفاسق يشتركون في جواز الإقدام على إزالة هذا المنكر، وسائر

---

(١) رُضاض الشيءِ بالضم فُتاتُه. ينظر: لسان العرب (٧/ ١٥٤)، المختار الصحاح (ص٢٤٥).

(٢) في حد الانفصال وجه آخر: أنها تنفصل قدر ما لا تصلح للاستعمال الحرام، حتى إذا رفع وجه البربط، وترك على شكل قصعة كفى. ينظر: العزيز (٥/ ٤١٤)، والروضة (٤/ ١٠٧)، الوسيط (٣/ ٣٩٢).

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٢/ ٢٨٦): "قال الاسنوي: وفي حفظي أنه ليس للكافر إزالته. وجزم ابن الملقن في العدة: أنه ليس للكافر ذلك. ويشهد له قول الغزالي في الإحياء: ومن شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون المنكر مسلما" النجم الوهاج (٥/ ١٩٢)، وإحياء علوم الدين (٢/ ٣١٢).

(٤) ينظر: العزيز (٥/ ٤١٤-٤١٥)، وروضة الطالبين (٤/ ١٠٧)، والنجم الوهاج (٥/ ١٩٢).

(٥) أي: يمنعه من في يده المنكر.

المنكرات، ويثاب به الصبي كالبالغ "[1]؛ لأنّ عمده عمد، ووجوبه مختصّ بالبالغ العاقل القادر، ولا يشترط في وجوبه الحرّيّة وكذا الذكورة على الأصح.

ولو أحرق باباً منحوتاً عليه صور الحيوانات، نقش بها، ضمِن قيمتَه غير منقوش؛ لأنّ صورة الحيوانات نقش حرام غير متقوّم.

وإن كانت الصّور مقطوعة الرؤوس، أو كانت صورة الأشجار، ضمن قيمتَه منقوشا؛ لأنّها غير حرام.

والصور على البساط والفرش غير محرمة، فلو أتلفت وجبت قيمتها منقوشة بها.

***

ضمان منافع الأموال

(**فصل: منافع الدور**) والأراضي (**والعبيد**) والإماء (**ونحوهما**) من الأواني الثياب والبغال والحمير وسائر الأمتعة والحيوانات، (**مضمونة بالتفويت**)[من جهة الغاصب] أي: باستيفائها بالاستعمال (**والفوات**)[لا من جهة الغاصب]، أي: ضياعها بدون الاستعمال (**تحت يد العادية**).

والتفويت: بأن سكن الدارَ أو ركب الدابةَ أو طالع الكتاب أو استخدام الرقيق.

والفوات: بأن غصَبها و أمسكَها مدّةً من غير استعمال.

فإنّه تجب أجرة المثل في الكل؛ لأنّها لما كانت مضمونةً بالعقود الفاسدة، فبالغصب والاستيلاء بطريق الأولى.

ولأنّ المنافعَ[2] أموالٌ كالأعيان، بدليل الإعتياض عنها، فيجب ضمانها كضمان الأعيان.

ثمّ على لفظ الكتاب مؤاخذة؛ لأنّ الفوات مستغنٍ عن التّفويت؛ لأنّ سبب الضّمان الفوات، وهو حاصل في التّفويت، مخصوص التّفويت حشوٌ متعين لا يعدّ سبباً آخر،

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ١٠٧).

(٢) لأنها متقومة لبذل المال في الإجارة فأشبهت الأعيان، قونوي. هامش (أ).

اللهمّ إلّا أن يقال: التفويت سببٌ بالإتفاق، والفوات مختلف فيه، فأتى بهما[١]؛ اشعاراً بالتسوية بينهما عندنا[٢]، وإيهاماً على اختلاف حكمهما عند المخالف[٣].

(ومنفعة البُضع)[٤] أي: الاستمتاع بآلة النّساء، [سمّي بُضعا]؛ لحصول المباضعة عن الاستمتاع، وهي اجتماع اللّحمين واختلاطهما بحيث يدخل أجزاءُ بعضهما في بعض، ومنه الباضعة للجراحة التي تقطع اللحم **(لا تُضمن إلّا بالتفويت)**[٥]؛ لأنّ ضمان المنافع أجرةُ مثلها، والبضع لا يستجار حتى لو غصب جاريةً وأمسكها مدةً ولم يطأها تجب أجرة مثلها في تلك المدة، دون المهرِ، والمهرُ إنّما تجب بالوطء.

(وكذلك منفعة بدن الحر) لا تضمن إلّا بالتفويت **(في أصح الوجهين)** حتى لو استولى على حرٍّ واستعمله في أمره كاحتطابٍ واحتشاشٍ أو استخدمه مدةً وجب أجرة مثل عمله[٦].

ولو حبسه أو استولى عليه ومنعه من العمل لنفسه لم يجب عليه شيء[٧]؛ لأنّ الحر لا يثبت عليه يد، فلا يدخل تحت اليد العادية؛ ولذا لا يقطع بسرقته ولا يضمنه لو سخره في أمرٍ ومات فيه.

(و الثاني: أنّها) أي: منفعة بدن الحر **(تضمن بالفوات أيضاً)** [أي:] كما بالتفويت **(إذا حسبه وعطّله)** عن العمل لنفسه؛ لأنّها تقوم وتقدّر في الإجارة الفاسدة والشركة الفاسدة كما مرّ، فتشبه منفعة الأموال[٨].

---

(١) المصنف الرافعي.

(٢) يعني عند الشافعية. ينظر: الوسيط (٣/ ٣٩٣)، العزيز (٥/ ٤١٧)، والروضة (٤/ ١٠٣)، والعجالة (٢/ ٨٨٥).

(٣) يعني عند الحنفية. ينظر: العزيز (٥/ ٤١٦): " و المبسوط للسرخسي (١١/ ٥٧).

(٤) البُضع: بالضم يطلق على الفرج والجماع، ويطلق على التزويج أيضاً. المصباح المنير (ص٣٦)، والعبارة الصحيحة كانت في نسخة مكتبة الخال اللوحة (١٨٣).

(٥) أي: بالوطء. ينظر: العجالة (٢/ ٨٨٥)، والنجم الوهاج (٥/ ١٩٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٨٦).

(٦) ينظر: العزيز (٥/ ٤١٧)، و الروضة (٤/ ١٠٤): " والظاهر من هذا القول أنه لا خلاف في ضمان منفعة بدن الحر بالتفويت، وإنما الخلاف في ضمانها بالفوات؛ لذا قال الدميري في النجم الوهاج (٥/ ١٩٤): "أما ضمانها بالتفويت، فلا خلاف فيه".

(٧) على الأصح. ينظر: العزيز (٥/ ٤١٧)، وروضة الطالبين (٤/ ١٠٤)، والنجم الوهاج(٥/ ٢٢٣).

(٨) حكى هذا القول أبن أبي هريرة. ينظر: العزيز (٥/ ٤١٧)، وروضة الطالبين (٤/ ١٠٤).

وأجيب بالفرق: بأنّ اليد هنالك يده، وتثبت يده على نفسه، وهنا اليد يد الغاصب، وهو لا يدخل تحت يده.

***

ضمان النقص الحادث في المغصوب

(وإذا دخل المغصوبَ) بنصب الباء **(نقصٌ)** بضم الصاد **(بسببٍ غير الانتفاع والاستعمال)**- بأن سقط يد عبدٍ بآفة سماوية، أو حرق بعض ثوب أو صار أعشى أو أعور.

الانتفاع: التفويت بالمباشرة كالأكل والشرب والوطء، والاستعمال: التفويت بالتَسَبُّب كاستخدام الرقيق وحمل الدّوابّ والحراثة بالثيران ونحوها.

وقد يجتمعان: كركوب الدابة؛ فإنّه انتفاعٌ واستعمالٌ.

ويجوز أن يجعل الاستعمال والانتفاع مترادفين، والعطف لاختلاف اللفظين.

(وجب الأرش) أي: أرش النقص؛ لأنّ من الواجب عليه أن يردّه صحيحاً، فإذا تعذر وجب البدل؛ إيصالاً للحق إلى المستحق على قدر الإمكان، **(مع الأجرة)**؛ للفوات، وهي ليست بأقصاها؛ لما مّر، بل يجب أجرة كل وقت بحاله، فيجب أجرة المثل سليماً قبل النقصِ ومعيباً بعده.

(وكذا) يجب الأرش **(لو كان)** النقص **(بسبب الاستعمال، كما إذا بلي الثوب باللبس في أصح القولين)**[1]؛ لاختلاف جهتهما، فالأجرة بالفوات والأرش بالنقص.

والثاني: يدخل الأقل في الأكثر، فيضمن أكثر الأمرين من أرش النقص وأجرة المثل؛ لأنّ النقص إنّما حصل بالاستعمال، وقد أخذ الأجرة عليه، فلا يجب له شيء آخر.

وأجيب بأنّ الأجرة لفوات المنفعة على المالك؛ لأنّه كان يضمنها وإن لم يستعمل، **لا** للاستعمال، والنقص إنّما حصل بالاستعمال فأين هذا من ذاك ؟.

***

---

(١) في كتاب (المحرر) (الوجهين).

الاختلاف والخصومة في المغصوب

(**فصل: إذا ادّعى الغاصبُ تلفَ المغصوب**)، حين طالبه المالكُ برد عينه مثلياً كان أو متقوّماً، (**و أنكره المالك**) أي: تلفه (**فالصحيح: أنّ القولَ قولُ الغاصب مع يمينه**) إذ هو أعلم بتلفه؛ لكونه عنده؛ ولأنّه على تقدير صدقه، وعجزِهِ عن البينة، لو لم يصدق، دام عليه الحبس والملازمة، إذ التّالف لا يعود بحبس التّالف عنده[1].

والثاني: يصدّق المالك؛ لأنّ الأصل بقاؤه فلا يعدل عنه إلّا بحجّة قوية[2].

(**وإذا حلف**) الغاصب (**غرّمه المالك**) بدلَ المغصوب في المثل بالمثل، وفي المتقوم بالقيمة (**على الصّحيح**) من الوجهين؛ توفيراً لحقه بقدر الإمكان وقطعاً للمنازعة.

والثاني: لا يجوز أن يغرِّمه بدلَه؛ لأنّ عينه باقية بزعمه.

وأجيب: بأنّه قد عجز عن الوصول إلى العين بسبب يمين الغاصب، فتكون الغرامة ضمان الحيلولة، فإن ظهر بعد ذلك كِذبُ الغاصب وبقاءُ العين، ردّ القيمة واستردّ عين المغصوب، وإن لم يظهر فقد وصل إلى حقِّه بقدر الإمكان.

(**وفي الاختلاف في قيمة المغصوب**) مثلياً كان وقد أعوز مثله كما مرّ، أو متقوّماً.

(و) الاختلاف (**في الثياب الّتي على العبد المغصوب، فالقول قول الغاصب مع يمينه**)؛ لأنّ المالك يدّعي زيادةً على ما اتّفقا عليه، والغاصب ينكرها، فيكون متناولاً بنص: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[3]؛ ولأنّ الأصل عدم الزيادة وبراءة الغاصب عنها.

---

(١) أي: بحبس الذي تلف عنده، وهذا عند إطلاقه دعوى التلف؛ فإن قيده بسبب ظاهر فلا يَبعُدُ أن يُحبَسَ حتى يُقيم بينةً بالتلف لإمكانه. ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٨٨٦)، النجم الوهاج (٥/ ١٩٦).

(٢) قاله بعض الأصحاب كما قال الغزالي في (٣/ ٣٩٩).

(٣) هذا القول نص لقاعدة فقهية، وهو في الأصل مأخوذ من حديث نبوي شريف أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، رقم (١ـ (١٧١١)، عن ابن عباس أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**لَو يُعطَى النَّاسُ بِدَعوَاهُم لادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَموَالَهُم وَلَكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيهِ**»، رواه البيهقي في: سننه الكبرى، رقم (١٠/ ٤٢٥)، رقم (٢١٢٠١) بلفظ: «**لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى= رجال أموال قوم ودماء هم ولكن البينة على المدعى واليمين على من انكر**»، إسناده حسن.

وأمّا في ثياب العبد؛ فلأنّ يده ثابتةٌ عليها، فهو صاحب اليد فيها، وصاحب اليد مكفيّ باليمين على القياس.

(وكذا) القول قول الغاصب[(١)] **(لو اختلفا في عيب خلقي بالمغصوب)** أي: [في خلقتِهِ عيبٌ]، بأن قال الغاصب: كان أكمه أو أعرج أو أصم خلقة، أي: هكذا ولد من الأم.

وكذا لو كان اختلافهما في أصل عضوٍ ظاهرٍ، بأن قال: كان فَقِيدَ اليد أو الأصبع خلقةً؛ لأنّ إطلاع الشهود على العيب الخلقيّ كثير، فقول المالك يخالف الظاهر، وقول الغاصب يوافقه، فيكتفي بيمينه؛ ولأنّ الأصل عدم السلامة فيما يرى خلقياً.

(ولو اختلفا في عيب حادث) أي: في حدوث عيب بعد اتفاقهما على أنّه ليس بخلقيّ، بأن قال المالك: صار أقطع أو سارقاً أو زانياً عندك، وقال الغاصب: بل إنّما حدث ذلك عندك، وأنا غصبته متصفا بذلك **(فالأصح: أنّ القول قول المالك بيمينه)**؛ لأنّ الأصلَ سلامته، فلا يعدل عنه إلّا بحجةٍ قويةٍ.

والثاني: يصدّق الغاصب؛ لأنّ الأصلَ براءة ذمته عن الزيادة[(٢)].

وأجيب بمعارضة الأصلين، وبقاء قول المالك موافق للظاهر سلماً عن المعارضة.

وحكاية الخلاف في الشّرح والروضة قولان[(٣)]، وفي المنهاج وجهان؛ لأنّه عبر بهما بالأصح[(٤)].

قال المصنف في: الشرح ناقلاً عن المتولي: "القول بتصديق المالك إذا كان الاختلاف بعد تلف المغصوب فلو رده معيباً، وقال: هكذا غصبتُ منك. وقال المالك: حدث عندك، صُدّق الغاصب قطعاً"، وضمّ في الروضة ابنَ الصّبّاغ إلى المتولي وأقرَّ نقلَ المصنف[(٥)].

***

(١) على الصحيح، لأنّ الأصل عدم السلامة، والمالك متمكن من إثباته بالبينة. والثاني: يصدق المالك نظراً إلى غلبة السلامة. والثالث: يفرق بين ما يندر من العيوب ومالا يندر. ينظر: الوسيط (٣/ ٤٠٠).

(٢) قال الدميري في: النجم الوهاج (٥/ ١٩٧): "وهذا هو المنصوص، ورجحه الجمهور".

(٣) ينظر: العزيز (٥/ ٤٣٤)، والروضة (٤/ ١١٩).

(٤) قال النووي في: منهاج الطالبين (١/ ٧١): "وفي عيب حادث، يصدق المالك بيمينه في الأصح".

(٥) ينظر: العزيز (٥/ ٤٣٤): والروضة (٤/ ١١٩).

العيب الطارئ على المغصوب

(فصل: إذا ردّ الغاصبُ المغصوبَ بعينه) أي: رداً مصاحباً مع عين المغصوب بلا نقصان جزء منه، **(وقد انتقصت قيمته)** بانخفاض السوق؛ لِوُفورِ مثل المغصوب، وكثرةِ وجوده، بأن غصب الحنطة في وقتٍ يكون مَنّان[1] منها بدرهم، وردّها بعينها في وقت تكون عشرة مَنٍّ منها بدرهمٍ، **(لم يلزمه شيء)**؛ لبقائه بحاله وعدم تغييره، وانخفاضُ السوق وارتفاعُه ممّا لا ينضبط فلا يضمن تفاوته.

(ولو غصب ثوباً قيمته عشرة، فعادت بانخفاض السوق إلى درهم، ثم لبسَه فأبلاه حتى عادت قيمتُه إلى نصف درهم، فردّه لزمَه خمسةُ دراهم، وهي قسط الجزء التالف من أقصى القيَم)؛ لأنّه كان يجب عليه ردُّه في ذلك الزمان فطرَيانُ النقص بعده لا يتأثر في دفعه.

قال المصنف في: الشرح الكبير: "ولو غصب خفين قيمتهما معاً عشرة دراهم و تلِف أحدهما في يده وردّ الآخرَ و قيمته درهمان أو أتلف أحدَهما في يد مالكه، وصارت قيمة الباقي درهمين لزمه ثمانيةُ دراهم، وهي قيمة التالف وأرش التفريق الحاصل بذلك التلف"[2].

وقيل: يلزمه خمسةٌ قيمةُ كلّ منهما منضمّاً إلى الآخر[3].

[حكم المغصوب المستهلك]

(ولو حدث في المغصوب نقصان، يزداد) شيئاً فشيئاً **(ويسري)** أي: يؤدي ويفضي **(إلى الهلاك الكليّ، كما لو اتخذ الغاصب من الحنطة)** المغصوبة **(هريسة)**، أو اتخذ من

---

(١) المَن: مكيال سعته رطلان عراقيان، أو أربعون أستاراً = ٣٩ ، ٨١٥ غراماً. لسان العرب (١٣/ ٤١٩).

(٢) العزيز (٥/ ٤٦٩) وصورته: أنهما أتلفاهما دفعة واحدة. فإن تعاقباً، لزم الثاني ثلاثة. وفي الأول، الخلاف. وفي الصورة الأولى إذا غصبهما معاً وجه في التنبيه و التتمة: أنّه يلزمه ثلاثة، وهو غريب". ينظر: روضة الطالبين (٤/ ١٤٦)، التهذيب (٤/ ٣٠٤)، النجم الوهاج (٥/ ١٩٨).

(٣) مذكور عن صاحب التتمة. ينظر: حاشيتا قليوبي- عميرة على شرح المحلي (٣/ ٣٦).

الدقيق والسّمن عصيدة[1]، أو ذبح الشاة وطبخها أو شيّها، أو نقع التمر أو الزبيب في الماء ،(**فيجعل كالهلاك ويغرّم**) بدلَه من المثل أو القيمة (**أو يردُّه مع أرش النقصان؟ حكى فيه قولان، رجح منهما الأول**) أي: يجعل كالهلاك؛ لإشرافه على التّلف وزوال الاسم الأول عنه.

والثاني: يرده مع أرش النقص، كسائر وجوه النقص.

وفيه قول ثالث: أنّ الغاصب يخيّر بين الأمرين.

وقول رابع: يخيّر المالك إن شاء أخذه مع أرش النقص، وإن شاء تركه و غرمه بدله.

قال المصنف في: الشرح الصغير: " وهذا القول أحسن الأقوال ".

فإن قلنا بالأول فما معنى قوله: يجعل كالهلاك؟ فيه وجهان: **أحدهما**: أنّه يصير ملكاً للغاصب، إذ أرش نقصان السّراية لا ينضبط، فيدخل في ملكه قهراً ويغرّم بدله.

والثاني: يبقى المستهلك ملكاً للمالك، كيلا يكون العدوان من أسباب الملك و قاطعاً لحق الغير.

وعلى الوجهين: لا يجوز الانتفاع به حتى يغرّم بدله و يدفعه إلى مالكه أو عند القاضي: **أمّا على قولنا**: يبقى ملكاً للمالك، فواضحٌ.

وأمّا على قولنا: يصير ملكاً للغاصب؛ فلأنّ ذلك تمليك قهريّ يراعي به جانب المالك، لا أنّه إرفاق بالغاصب، فلا بد للحلّ من رضاء المالك ليخرج عن الأكل بالباطل، ولا يجمع الملك وحرمة الانتفاع إلّا في ذلك؛ لما رُوي أنّه ﷺ قال في الشاة المصلية، أي: المشوية بغير رضاء صاحبها «**أطعموها الأسارى**»[2] ، فيه دليل على زوال ملك المالك، وحرمة الانتفاع قبل الإرضاء؛ لأنّ إباحة الانتفاع بغير إرضاء المالك فتحٌ لباب العدوان والظلم.

---

(١) العَصِيدة – السَّمن يُطبَخ بِالتَّمرِ. المخصص (١/ ٤٢٨).

(٢) رواه أبو داود في سننه، رقم (٣٣٣٢)، والدارقطني في سننه، رقم (٥٤)، وأحمد في مسنده، حديث رَجُلٍ ﷺ، رقم (٢٢٥٠٩)، وابن أبي شيبة في مسنده، (٢/ ٤١٠) ممن روى عن النبي ﷺ ممّن لم يسم باسمه، رقم (٩٣٥)، وأورده الطبراني في المعجم الأوسط (٢/ ١٦٨)، رقم (١٦٠٢). قال الهيثمي في: مجمع الزوائد (٤/ ١٧٣): "روى النسائي بعضه، رواه أحمد، ورجاله رجال الصحيح".

وفي: المختار من كتب أصحاب أبي حنيفة ﷺ: " إذا تغيّر المغصوب بفعل الغاصب حتى زال اسمه وأكثر منافعه، ملّكه الغاصب وضمنه ولا ينتفع به حتى يؤدّيَ بدله "، هذا لفظه بحروفه[١]، وفي قول المصنف: " فيجعل كالهلاك " إشعارُ بذلك؛ لأنّه شُبِّه بالهلاك في أنّه موقوف حِلِّيَّتُهُ على أداء قيمته، كما أنّ الهلاك الكليَّ موقوفٌ إبراؤه على أداء القيمة أو تحليل [المالك]، فإذاً لم يكن للغاصب أكلُه قبل توفية القيمة أو إباحة المالك؛ لأنّ المشبّه به هو الهلاك الكليُّ، والمشبّه هو الذّي جُعل حكمه حكمَ الهلاك، فاستويا في الحكم، ولا خلاف في ذلك كله[٢].

ومن الناس من ينظر إلى ظاهر الألفاظ ولا يتأمل في مرامها من قلّة الديانة والصيانة، فيفتي للنّاس فيُضلّ النّاس عن السبيل فهم لا يهتدون.

ولا تلتفت إلى قول من قال: القياس أنّ له الانتفاعَ قبل الغرامة؛ لأنّه ثبت له الملك؛ لأنّ هذا القياس متروكٌ بوجود النص، وهو ماروينا عن النبي ﷺ، والقياس: [قول زُفَرَ العَنبَري حكاه عنه صاحب الاختيار في شرح المختار][٣]: " إنّما يجوز لفقد النّص "[٤].

(فلو جنى) أتى بالفاء؛ لأنّه تفريع على ما أفهمه العبارة من: أنّ النقصان الذي يحصل بالمغصوب في يد الغاصب مضمون عليه، **(العبد المغصوب)** عند الغاصب **(بها)** أي: بجنايةٍ **(تعلّق المالُ برقبته)**- تعلّق: بمعنى علّق المتعدّي، مسندٌ إلى ضمير ما المُكنّى به[٥]

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٦٢).

(٢) ولا تختلف المذاهب في مثل هذه المسائل. منه. بهامش نسخة مكتبة الخال اللوحة (١٨٥).

(٣) في هامش نسخة مكتبة الخال اللوحة (١٨٥): واعلم أنّ في حكم المستهلك خلافا: قال بعضهم: لا يجوز أكله حتّي يضع الغرامة عند القاضي، وبه صرّح عبد الوهاب البشدري في شرح الحاوي، وقال بعضهم: يصير ملكا للغاصب وينقطع حقُّ المالك عنه، وينتقل حقُّه إلى ذمّة الغاصب، ويفهم منه لا يحتاج إلى وضع الغرامة عند القاضي، وإليه أشار شارح الإيجاز وصاحب الإعجاب، وقال بعضهم: إنما ينقطع حقُّ المالك عنه إذا باع الحاكم من الغاصب أو ألزمه الغرامة وإلا فلا يجوز أكله، وبالجملة فالأولى الاحترز عنه لئلا يكون العدوان سببا للملك وقد قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ (البقرة:١٨٨)..ابن هداية رحمه الله.

(٤) قال صاحب الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٦٢): " والقياس: أنه يجوز له الانتفاع قبل الأداء، وهو قول زفر وهو رواية عن أبي حنيفة، لأنّه ثبت له الملك، فيجوز له الانتفاع، ولهذا جاز بيعه وهبته ".

(٥) وتذكير الضمير باعتبار لفظ (ما).

عن الجناية، والمال منصوب على أنّه مفعوله، وهذا أولى[1] من جعل تعلّق لازماً والمال فاعلاً، وحذف قوله: ([بسببه])[2]- وذلك التعلّق بأن صدر منه خطأً أو عمداً بغير رضاء الغاصب (**فعلى الغاصب تخليصُه**) أي: العبد الجاني (**بأقل الأمرين من قيمته والمالِ الواجب**) عليه؛ لأنّ الجناية إنّما حصلت في يده، وإنّما كان الواجب أقل الأمرين؛ لأنّ المجني عليه لا يستحق إلّا ذلك؛ لأنّ الأقل إن كان المال الواجب، فهو الذي وجب، وإن كان قيمة العبد، فليس له إلّا ذلك؛ لاستيفاء رقبته فيه، فيذهب الزائد عن تحت الإذن.

(**فإن تلف العبد**) الجاني (**في يده**) أي: في يد الغاصب، بأن اقتصَّ منه، أو مات حتف أنفه[3] (**غرّمه المالك**) بأقصى القيم من الغصب إلى التلف، والخصمُ في الغرامة المالكُ لا غير، (**وللمجنيّ عليه أن يغرّمه**) أي: الغاصب (**حقه**)؛ لأنّ الجناية إنّما حصل عنده، وهي مضمونة عليه، (**وأَن يَتَعلَّقَ بالقيمة التي أخذها المالك**) فيستوفي حقَّه منها؛ لأنّها بدل الرّقبة المتعلّق بها حقُّهُ.

(**فإن أخذ حقه منها**) أي: من تلك القيمة ألتي أخذها المالك (**رجع المالك به**) أي: بالمأخوذ، وهذا أولى من عوده إلى حقه، (**على الغاصب**)؛ لأنّه أخذ منه بجناية حصل في يد الغاصب، و هي مضمونة عليه.

قال الإمام في النهاية: " ولا يرجع قبل الأخذ منه؛ لاحتمال أن يبرأ المجنيّ عليه الغاصب، فيستقرّ للمالك ما أخذه "[4].

(**وإن ردّ**) الغاصبُ (**العبد على المالك، فبيع في الجناية**) بعدما ردّه إليه، وأخذ المجني عليه حقّه من ثمنه (**رجع المالك بما أخذ المجنيّ عليه**) من ثمن العبد (**على الغاصب**)؛ لحصول الجناية في يده حين كان مضموناً عليه، ولا يسقط ضمان العيب و النقص بالرد.

من المعلوم: أنّه إذا أخذ الثّمن بجملته مثلاً، وكان أقصى القيم أكثر منه، فلا يقتصر

---

(١) وجه الأولوية أنّه ليس في الأول حذف، وفي الثاني ارتكاب حذف من غير ضرورة، فافهم. منه.

(٢) ولا يوجد هذا المقطع في المحرر المطبوع.

(٣) يقال: مات حتف أنفه: إذا مات من غير ضرب ولا قتل ولا غرق ولا حرق. المصباح المنير (ص٧٦).

(٤) قال الإمام في: نهاية المطلب (٧/ ٢٢١): " فلو أبرأه الجاني وأسقط حقه بالكلية، فلا مرجع له على الغاصب؛ إذ قد سلمت له القيمة التي أخذها ". ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٨٨٨)، والنجم الوهاج (٥/ ٢٠٠).

على الرجوع على الغاصب بالثمن، بل يرجع عليه بأقصى القيم.

***

نقلُ التراب عن الأرض المغصوبة

(**فصل: إذا نقل**) الغاصبُ (**الترابَ عن الأرض المغصوبة**)؛ تسويةً لها، أو للبناء ونحو ذلك، (**فللمالك إجباره**) أي: إجبارُ الغاصب (**على ردِّه**)، وإن أُبعدت بُعداً فاحشاً مادام باقيا، (**أو ردِّ مثله**) إن كان عاجزاً عن ردّه بالتلف ونحوه.

وليس المراد بالمثل، المثل الجنسيّ، بل المراد النوعيّ؛ حتى لا يجوز الإتيان بالأحمر عن الأصفر والأسود مثلاً، ولا العكس؛ لاختلاف الأنواع في قوّة الإنبات والتلاصق، والتّشقُّقِ وعدمه (**وإعادةِ الأرض كما كانت**) قبل النّقل من انبساطٍ أو انخفاضٍ.

(**وللنّاقل الرد، وإن لم يطالبه المالك**) بالردّ، (**إن كان له**[1] **فيه**) أي: في الرد (**غرضٌ**) بأن دخل في الأرض نقصٌ بالنّقل، فيخاف من الغرامة فيدفعه بالرّدّ، أو شغل المكانَ [المنقول إليه] به فيريد تفريغه، أو يخاف من عُثر شيء به، وغير ذلك.

(**وإلّا**) أي: وإن لم يكن للغاصب غرضٌ في النقل[2]، (**لم يردّه من غير إذنه**) أي: إذن المالك (**على الأظهر**) من الوجهين؛ لأنّه إذا لم يدخل نقصٌ في الأرض ليُجبرَ بالرّدّ ولم يحتج المالك إليه ولم يكن له غرض، فنقلُه لا يفيد شيئاً، بل يضرّ بشغل المكان بالمجيء و الذهاب.

والثاني: له الردّ بغير إذنه؛ تفريغاً لذمّته عن حقِّ الغير، فإنّ التّراب متقوّم، وأيّ غرضٍ أَهَمُّ مِن هذا[3].

(**ويقاس بما ذكرنا**) في نقل التراب من الأرض وردّه، (**حِفرُ البئر**) في الأرض المغصوبة

---

(١) أي: للناقل.

(٢) بدل الرّد.

(٣) محل الخلاف: إذا لم يمنعه المالك من الرد، فإن منعه لم يرد جزما، أو منعه من بسطه حيث كان له الرد لم يبسطه، وإن كان في الأصل مبسوطا. ينظر: العزيز (٥/ ٤٤٦)، روضة الطالبين (٤/ ١٢٩)، عجالة المحتاج (٢/ ٨٨٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٨٩).

(وطمُّها)[1] فيجب على الغاصب الطّمّ بتراب البئر إن بقي، وبمثله إن تلف إذا طالبه المالك بذلك، وله ذلك بغير إذن المالك إن كان له غرض، بأن كان يدفع عن نفسه ضمان السّاقط فيها، أو يفرغ مكاناً اشتغل بهذا التراب، أو يخاف أن يعثُر به شيء فيهلك.

فإن منعَه من الطّم، فإن كان له غرض سوى دفع الضمان، طمّ بغير إذنه[2]، وإن كان هو الضمان، فلا يدفع الضمان عنه برضاء المالك بعدم طمّها[3]. والطّمُّ: انباشتن[4].

(وإذا أعاد الأرض إلى حالتها الأولى) انبساطاً وانخفاضاً **(فإن لم يبقَ فيها نقص فلا أرش عليه)**؛ لعدم موجب الأرش، فكأنّه ردّها غير محفورة التراب.

وقيل: لا بدّ مِن إيجاب شيء؛ لذهاب قوتها، ورخاوة بنيتها.

(ولكن عليه أجرة المثل لمدة الإعادة) من ردّ التّراب وطمّ البئر، وإن كان الرد والطّمّ من الإتيان بالواجب؛ لتولّده من العدوان، ولا شك أنّ ذلك مع أجرة ما قبل تلك المدّة.

([ولو] بقي نقص [في الأرض]) بعد الرّدّ والطّم **(فعليه الأرش)** جبراً؛ للنّقص المضمون عليه **(أيضاً)** أي: كالأجرة.

***

غصَب الزيت أو الدهنَ وأغلاه

(ولو غصب زيتاً أو دهناً، فأغلاه فانتقص عينه دون القيمة)[5] بأن غصب رطلين قيمتهما درهمان، فأغلاهما فنقص بإغلاء نصف رطل، ولم تنقص القيمة عمّا كانت، **(فأصح الوجهين: أنّ عليه غرم الذاهب)**، فيردّه مع غرامة نصف رطل في مثالنا، وإن

---

(١) طممتُ البئر بالتراب: ملأتها حتى استوت مع الأرض. المصباح المنير (ص٢٢٦).

(٢) البيان (٧/ ٥٢).

(٣) إن منعه المالك من الطّم ورضي باستبقاء البئر، ليس له الطّم في الأصح، ويدفع عنه الضمان، قال الزركشي في: المنثور في القواعد (١/ ٢٢): "وليس لنا إبراء يصح قبل وجوبه غير هذه الصورة". أما إذا اقتصر المالك على منعه فقط، فيه وجهان: أحدهما: يبرأ. والثاني: لا يبرأ. ينظر: البيان (٧/ ٥٢-٥٣)، النجم الوهاج (٥/ ٢٠٢)، المجموع (١٥/ ٥٥٧-٥٥٨)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٨٩).

(٤) انباشتن: معنى كلمة (الطم) في اللغة الفارسية. ينظر: فرهنگ معين (فارسي) (معجم معين): (ص١٥٣).

(٥) في المحرر: «قيمته».

زادتِ القيمة أيضاً؛ لتفاوت الأغراض بالعين والقيمة؛ ولأنّ له[١] بدلاً مقدّراً، فلا يتداخل القيمة.

والثاني: لا يغرم الذّاهب إذا لم تنقص القيمة؛ لأنّه لم يفوّت على المالك شيئاً لو بيع.

وأجيب: بأنّه لا يتعين البيع، وله[٢] الانتفاع به، ولا شكّ أنّ الانتفاع يتفاوت بنقصان العين، ولذا لم يتجبّر بالزائد على القيمة الأول النقصان الحاصل[٣] في العين، وإن حَصَلا بسبب واحدٍ.

(**وإن [انتقصت] القيمةُ دون العين ردّه مع الأرش**)[٤]؛ لأنّ القيمة نقصت بفعله، فيجب عليه غرامة الناقص.

(**وإن انتقصتا**) أي: العين والقيمة (**جميعاً**) مجتمعين على النقصان (**غَرِمَ الذاهبَ**)؛ لأنّ له بدلاً مقدراً لا يتداخل في شيء، (**وردَّ الباقي مع الأرش**) أي: أرش نقصان القيمة، (**إن كان نقصان القيمة أكثر**) من نقصان العين؛ لأنّ الزائدَ من نقصان العين لم يتجبّر بغرامة العين.

وإن كان نقصان القيمة أقل من نقصان العين، فإذا غرم العين الذاهب، [انجبر بها] نقصان القيمة، فإن تساويا ردّه بلا غرامة. والتمثيل من فعل الطَّلَبَةِ فمَثّل بها شئتَ.

***

زوال السمن في الجارية المغصوبة

(**فصل: الأصح**) من الوجهين: (**أَنَّ سِمَنَ الجارية المغصوبة بعد هزالها، لا يَجْبُرُ نقصان الهزال**) الحاصل عند الغاصب[٥]؛ لأنّ السمَن الزائل عنده مضمونة عليه، والسمن

---

(١) لما نقص من العين. هامش ن (٣١٧٢) اللوحة (٥١٢).

(٢) أي: للمالك المغصوب منه. هامش ن (٣١٧٢) اللوحة (٥١٢).

(٣) وهو نصف الرطل. كما ذكره سابقاً.

(٤) في المحرر: «الأرش أيضاً».

(٥) كأن غصب جارية سمينة، فهزلت عنده، ثم سمنت عنده، فعادت القيمة، فإنه يردها مع أرش السمن الأول، لأنّ الثاني غير الأول، حتى لو زال الثاني، وردها الغاصب، يجب عليه أرش السمنين. ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٨٨٩)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٠).

الثاني متولدٌ منها مملوكة لمالكها، فلا يجبر به ما هو مضمون على الغاصب؛ لأنّ القوة الحاصلة بالسّمن الثاني لا تقوم مقام الأول.

والثاني: يجبر نقصان الهزال حتى لا يلزم على الغاصب غير الردّ.

ثمّ قيل: الخلاف في كل حيوانٍ، والجاريةُ ممثلٌ بها.

حتى إنّ شارح المنهاج الجلالي مثل إطلاقه بالبقرة[١].

وقيل: الخلاف مختص بالجارية، و التقييد بها للاحتراز عن غيرها[٢].

والفرق: أنّ الأطباء وأصحاب التجارب قالوا: كل لحم أقرب إلى الصغير الذي للاستمتاع، أولى من الأبعد؛ لأنّ الأقرب أكثر حرارةً وأطيبُ لذةً، والغرض يختلف بذلك بخلاف سائر الحيوانات.

***

تَذَكر الصنعة أو تعلمها عند الغاصب

(و)الأصح (**أَنَّ تَذَكُّرَ الصنعة**) بعينها (**بعد نسيانها**) عند الغاصب (**يجبر النسيان**)؛ لأنّها هي الأول بعينها، ولم يختلف بنسيانها، وتذكرها غرض، بخلاف السمن.

والثاني: أنّه لا يجبر؛ لأنّ الغاصب مكلّف بردّ المغصوب في كلّ زمان، ونقصانه في كلّ زمان مضمون عليه، فذمتُهُ مشغول بأرش النقص حالة [النسيان]، فلا يدفع بالتذكر في حالةٍ أخرى، وهو معنى تعليلهم؛ لأنّها متجدد كالسمن.

والخلاف في ما إذا نسي وتذكر عند الغاصب، أمّا إذا نسي عند الغاصب وتذكر بعد الرد، فلا يجبر بها النسيان قطعاً.

(**وتعلّمُ صنعة**) عند الغاصب (**لا يجبُرُ نسيانَ**) صنعة (**أخرى**) عنده (**بحال**) أي: بلا خلاف، أو سواء كانت الثانية أحسن من الأول، أو أدون منها أو تساويا؛ لأنّها حصلت

---

(١) «عبارة كنز الراغبين بحاشيتيقليوبي وعميرة» (٣/ ٣٩):«وَالأَصَحُّ أَنَّ السِّمنَ لَا يَجبُرُ نَقصَ هُزَالٍ قَبلَهُ) فِيمَا إِذَا غَصَبَ بَقَرَةً، مَثَلًا سَمِينَةً فَهَزَلَت، ثُمَّ سَمِنَت عِندَهُ؛».

(٢) لم أعثر على قائله في الكتب الموجودة عندي.

من ملكه، وليس لتعليم الغاصب وحمله على التعلّم أثر؛ لأنّه متعدّ، فلا يقابل بشيء، مع أنّ الصنعة الثانية غير الأُولى.

***

تخمَّر ثم تخلَّل العصيرُ المغصوبُ

(والأصح) من الوجهين **(فيما إذا غصب عصيراً، فتخمّر)** عند الغاصب **(ثمّ تخلّل)** عنده **(أَنّ الخلّ للمالك)**؛ لأنّه عينُ مالِهِ، والغاية أنّه تغيّر من صفةٍ إلى صفةٍ وتخلّل بين الصفتين صفة محرّمة، وذلك لا يمنع الملك، ألا يُرى أنّه إذا غصب بيضاً، وتفرخ عند الغاصب، كان الفرخ لمالك البيض، وإن تخلّل بين كونها بيضاً وكونها فرخاً صيرورتُها دماً نجساً ؟.

(وعلى الغاصب الأرش، إن كان الخلُّ) الحاصل من العصير المغصوب **(أنقص قيمةً)** من العصير؛ لحصول النقص في يد الغاصب وإن لم يكن منه اختيارٌ في ذلك.

وإن لم ينقص عن قيمة العصير أو زاد عليها، فلا شيء على الغاصب غيرُ الردّ.

والثاني: يلزمه غرامة العصير بالمثل؛ لأنّه بالتخمّر صار كالتالف، و الخلُّ للمالك أيضاً؛ لأنّه تولد من فرع ملكه، وقيل: للغاصب[1].

(و فيما) أي: والأصح، لكن من أربعة أوجه: في ما **(إذا غصب خمراً فتخلّلت)** عنده **(أو)** غصب **(جلد ميتة فدبَغه)** الغاصبُ **(أنّ الخلَّ)** الحاصل من الخمر المغصوبةِ **(والجلدَ المدبوغَ للمغصوب منه)**، ولم يقل: للمالك؛ لأنّهما ليسا بملكٍ لأحدٍ؛ لأنّهما فرعُ ما يختصّ بالمغصوب منه، فيضمنهما إن تلف عند الغاصب، ويجب الردُّ إن بقِيا.

والثاني: الخل والجلد للغاصب، ولا شيء للمغصوب منه؛ لأنّهما ليسا بمالٍ عنده، وصارا مالَينِ عند الغاصب.

والثالث: الخلُّ للمغصوب منه؛ لأنّه ليس بفعل الغاصب فيتبع الخمر، والجلدُ للغاصب؛ لأنّه بفعله صار مالاً.

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٤٥٢)، روضة الطالبين (٤/ ١٣٤)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٠)..

والرابع: الجلد للمغصوب منه والخل للغاصب؛ لأنّ الجلد يجوز إمساكه للمغصوب منه، بخلاف الخمر.

وضَعفُ الجميع لا يخفى على مَن شمّ رائحة الفقه.

ومحل الخلاف: في ما إذا لم يُعرض المأخوذ منه عنهما، فإن كان مُعرِضاً عنهما، بأن وجد شاة ميتةً مطروحةً، فسلخ جِلدها ودبَغها، أو وجَد خمراً في ظرفٍ لا يَعبأُ بها مَن عنده فدبغ الجلدَ وصارت تلك الخمرُ خلًّا، فالجلدُ والخلُّ للآخذ قطعاً[1].

الزيادة الحاصلة في المغصوب

(**فصل**: الزيادة) الحاصلة عند الغاصب (**في المغصوب إن كانت**) تلك الزيادة (**أثراً محضاً**)[2] ليس باستعمال عينٍ مبقيّةٍ فيه (**كقِصارة الثوب**) بالأشنان، أو الرجيع، أو الصابون، [أو الرماد، أو الملح] ، أو غير ذلك، وطحنِ الحنطة، وضربِ الطين لبِناً، واتّخاذِ التّبر حُليّاً، و ندفِ القطن وَلفِّه (لم **يستحقَّ الغاصبُ بها**) أي: بتلك الزيادة (**شيئاً**)؛ لوقوع فعله عدواناً، فلا يقابل بعوض.

(**وللمالك أن يكلّفه**) أي: الغاصبَ (**ردَّه**) أي: المغصوبِ- وردُّ الكناية[3] إلى الثوب لا ينافي ذلك؛ لأنّ الثوب تنظيرٌ - (**إلى الحالة الأولى إن أمكن**) بأن ينقضَ اللَّبِنَ فيعيده طيناً، وينقضَ الحليَّ و يجعله تبراً، أو ينقض المسكوك ويجعله سبيكة، وإن رضي **المالك** بهذه الحالة لم يكن للغاصب تغييرُه وردُّه إلى **الحالة الأولى**[4]، (و) يكلّفَه (**أرش [النقصان] إن كان فيه نقص**) أي: نقصُ قيمته بذلك الأثر الزائد عمّا قبلها، في ما لا يمكن رده، أو نقصه عمّا كان عيناً أو قيمة في ما يُمكن ردُّه وردَّه.

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٣٤).

(٢) الأثر المحض: الأشياء التي تحصل من العمل ولم تكن عينا. يوسف الأصم. هامش ن. الخال. (١٨٧)

(٣) لعل مراد الشارح بالكناية الضمير في "ردَّه"، أي: إرجاع الضمير إلى الثوب الأقرب لا ينافي أن يكون المراد المغصوب مطلقا؛ لأنّ الثوب تنظير للمغصوب.

(٤) إلا أن يكون له غرض في رده، كأن خشي على نفسه من بقائها ضرراً من تغرير أو غيره، كمن ضرب الدراهم بغير إذن السلطان، أو على غير عياره، فله إبطالها وإن لم يرض به المالك، بخلاف ما إذا لم يخش، سواء أرضي المالك ببقائها أم سكت عن الرضا والمنع. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٢٠٦)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩١).

(وإن كانت) الزيادة **(عيناً)** محضاً **(كما لو بنى أو غرس في الأرض)** المغصوبة **(فللمالك أن يكلِّفه القلعَ)**[١] وإعادةَ الأرض كما كانت، وأرشَ النقص إن بقي نقص بعد القلع وإعادة الأرض، فإن لم يقلع الغاصب قلَعه مالكُ الأرض مجاناً ولا يلزمه شيءٌ؛ لقوله ﷺ: **«ليس لِعَرقٍ ظالمٍ حقٌّ»**[٢]؛ ولأنّه أشغل ملك الغير فهو مأمورٌ بتفريغه، فقلعه دفعٌ للظلم، وردٌّ للحق إلى المستحق، وليس للمالك منعُ الغاصب من القلعِ وتملُّكِ البناء والغراس قهراً؛ لأنّه ملكُ الغاصب[٣].

وإن حصل النقص؛ لطول مدة الغراس، فهل يجمع بين أجرة المثل وأرش النقص؟ أو لا يجب إلّا أكثرُهما؟ ففيه الخلاف السابق فيما إذا بلي الثوبُ بالاستعمال، والأصحّ الجمع.

ولو أراد مالكُ الأرض أن يتملّك البناءَ والغراس بالقيمة، أو بقيمتهما بالأجرة، ففي وجوب الإجابة على الغاصب وجهان، وقيل قولان:

أحدهما: نعم قطعاً للنزاع ورعاية للجانبين، وبه قال المزني[٤].

وأصحهما: لا؛ لتمكن المالك من القلع مجاناً، وهو من الجهات الموصلة إيّاه إلى حقه، فلا يجب على الغاصب مساعدته في جهة أخرى[٥].

(وإن صبغ) الغاصبُ **(الثوبَ)** المغصوبَ **(بصبغ نفسهِ، وأمكنَ فصله)** أي: فصل الصبغ عن الثوب بالمعالجة **(فله)** أي: للمالك **(إجباره)** أي: إجبارُ الغاصب **(على الفصل في أظهر الوجهين)**؛ رداً لماله إلى ما كان كما في الغراس والبناء، ولا يلزم مالكَ

---

(١) أي: مجاناً.

(٢) رواه البيهقي في سننه الكبرى، (٦/ ١٦٤) رقم (١١٥٣٨) و (١١٥٣٩)، ورواه أيضاً في معرفة السنن والآثار، (٨/ ٣٠٤) رقم (١١٩٧٥) (١١٩٧٦) و (١٢١٧١) و (١٢٢٠٦). وأحمد في مسنده، رقم (٢٢٨٣٠)، قال ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٧٦٦): "هذا الحديث ذكره البخاري في صحيحه (٣/ ١٠٦) تعليقاً، فقال: وقال عمر: من أحيا أرضاً ميتة فهي له، ويروى عن عمرو بن عوفٍ عن النبي ﷺ: وقال في غير حق مسلم وليس لعرق ظالم فيه حق، ويروى فيه عن جابر عن النبي ﷺ"، ورواه أبو داودَ في سننه بإسناد صحيح، ورواه النسائي أيضاً كذلك، وكذا الترمذي ثم قال: "هذا حديث حسن غريب".

(٣) ينظر: البيان (٧/ ٥٠-٥١).

(٤) لم أعثر على نسبة هذا القول للمزني في المصادر الموجودة لدينا. والقول ذكره صاحب التتمة دون أن ينسبه الى أحد، كما قال الرافعي في: العزيز (٥/ ٤٥٦).

(٥) قال الرافعي في: العزيز (٥/ ٤٥٦): "وهذا ما ذكره الإمام حكاية عن القاضي الحُسَين".

الثوب بذلك شيءٌ، وللغاصب الفصلُ وإن لم يمنعه المالك، وهذا ما اختارَه المراوزة[1].

والثاني: ليس له إجباره؛ لإفضائه إلى تضييع الصبغ بالكلّية، بخلاف الغراس والبناء، و هذا هو الأظهر عند العراقيين، وبه قال ابن سُرَيج.

وعلى هذا، فهو كما لو لم يمَكن الفصل بالفعل، وحكمه ما ذكره بقوله: (**وإن لم يمكن الفصل**) كغالب الصبغات (**فإن لم تزد قيمته**) أي: قيمة الثوب مصبوغاً على ما كان قبل الصبغ (**فلا حق للغاصب فيه**) فيكون فاقدَ صبغه بلا شيء.

(**وإن نقصت**) قيمة الثوب مصبوغاً على ما كان قبل الصبغ (**فعليه الأرشُ**)؛ لأنّ النقص حصل بفعل الغاصب، وهو متعدٍّ.

([**ولو**] **زادت**) قيمته على ما كانت قبل الصبغ، بأن كان قبل الصبغ يساوي عشرة، وبعد الصبغ خمسة عشر (**فهما**) أي: [المالكُ وغاصبُ الثوب] (**شريكان فيه**) أي: في الثوب بنسبة الملك، فلصاحب الثوب ثلثان في مثالنا وهو ما يقابل ملكه، وللغاصب الثلث؛ لأنّه متولد من ماله.

وليس اشتراكهما على الإشاعة- وإن أوهمه لفظ الكتاب- بل كل منهما يملك ما كان له قبل ذلك، ذكره ابنُ الرفعة عن أكثر الأصحاب[2].

وعلى هذا فلو زادت قيمة أحدهما فاز بها صاحبُه، حتى لو زادت القيمة على قدر الصبغ، فلا شيء للمالك في تلك الزيادة، وعلى القول بالإشاعة هما شريكان في تلك الزيادة على السّواء، وفي ما قبل الزيادة بنسبة الملك، فافهم.

***

خلط المغصوب بغيره

(**وإن خلط المغصوب بغيره، فإن أمكن التمييز**) بين المختلطَينِ (**فعليه**) أي: على الغاصب (**التمييز**)؛ إيصالاً للحق إلى المستحق.

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٤٥٧-٤٥٨)، والروضة (٤/ ١٣٨).

(٢) ينظر: المهذب (٣/ ٤٢٧-٤٢٨)،حاشية الرملي (٢/ ٣٥٧).

(**[وإن] شقّ**) التميز، كاختلاط الشعير بالحنطة، أو الحمراء بالبياض، أو سائر الحبوب بعضها ببعض؛ لأنّ تعسّر الوصول إلى الحق، لا يكون ساقطاً له[١]. وقيل: إن شقّ فهو كالتعذّر الآتي.

(**وإن تعذّر**) التميز كاختلاط الزيت بالزيت، والحنطة الحمراء بالحمراء، والدراهم المتساوية السكوك والأوزان (**فالظاهر**) من الطريقين: (**أنّه**) أي: المخلوطَ (**كما لو هلك**) سواء خلط بمثله أو أجود أو أردأ؛ لتعذر الوصول إلى عين المغصوب، فيصير ملكاً للغاصب، وينتقل حق المالك إلى المثل، ويستقر في ذمة الغاصب.

حتى لو خلط بذراً حراماً ببذره وزرع المخلوط، فالحاصل منه ملك الغاصب، ويجب عليه زكاته، وينفذ فيه تصرفه، ولم يتوقف جواز تصرفه على أداء ما ثبت في ذمة الغاصب من المثل إلى المغصوب منه.

(**فله**) أي: للمالك (**تغريمه**) أي: الغاصب بالمثل أو القيمة عند إعواز المثل.

(**وللغاصب أن يعطيه حقّه من غير المخلوط**) ومن المخلوط بالمثل أو الأجود، ولا يجوز من المخلوط بالأردأ إلّا برضاء المالك، ثمّ لا أرش إذا رضي بالمخلوط بالأردأ.

والطريق الثاني: قولان: أحدهما: هذا.

والثاني: يشتركان فيه بنسبة المخلوطين، ويغتفر الجودة و الرداءة؛ للحاجة[٢].

وفيه طريق آخر حكاه الجلالي وهو: "إن خلطه بمثله أو أجود اشتركا، وإن خلطه بالأردأ، فهو كالتَّالف"[٣].

وعلى الأول: هو تملّك بمحض العدوان فيلزم أن يكون العدوان من أسباب الملك كالشرى، وفيه ما ذكرت: فيما إذا حدث بالمغصوب نقصان يسري إلى الهلاك، بل

---

(١) حتى لو لم يقدر على تمييز الجميع، وجب تمييز ما أمكن، وإن لحقه بذلك مؤنةٌ ومشقةٌ. ينظر: البيان (٧/ ٥٠)، والروضة (٤/ ١٤٢) و (٥/ ٥٤)، والنجم (٥/ ٢٠٨)، والعجالة (٢/ ٨٩١)،و مغني المحتاج (٢/ ٢٩٢).

(٢) وهو قول أبي إسحاق وأبي علي بن أبي هريرة. ينظر: المهذب (٣/ ٤٢٣-٤٢٤).

(٣) نص قول الجلالي: "وقيل: إن خلطه بمثله اشتركا، وإلا فكالتَّالف، هذا ما في أصل الروضة". ينظر: حاشيتان قليوبي- عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين (٣/ ٤١)، روضة الطالبين (٤/ ١٤٠-١٤١).

الشناعة في الخلط أكثر؛ لبقاء عين المغصوب بلا زوال الاسم، وذهاب منفعة الأصلي، ولذا اختاره الإمام، والغزالي[١]، والمتولي، والقشيريّ[٢]، وغيرهم[٣]، [بترجيحِ] عدم الهلاك، وحكموا باشتراكهما في المخلوطين، وتأوّلوا نصّ الشافعي في ذلك[٤]، وضعفوا ما اختار صاحب الطريق الأول[٥]، كالمصنف والنووي وتابعيهما[٦]، وبيّنوا ذلك التضعيف بوجوه:

منها: أنّه ليس هالكاً حساً ولا حكماً[٧]: أمّا حساً فظاهرٌ. وأمّا حُكماً؛ فلأنّه يحنث الحالف على أن لا يأكل طعام زيد، فخلط بطعام غيره فأكله، بالاتفاق.

ومنها: أنّه إذا خلط، فليس الغاصب أولى بذلك المخلوط من المأخوذ منه، بل هو أولى به؛ لأنّه غير متعدٍّ، فإن كان محكوماً بهلاكه انعكس الحكم[٨].

ومنها: ما ذكر من أنّ العدوان والظلم يكون سبباً للملك، مثلاً إذا غصب قفيزاً من عمرو، وقفيزاً من بكر، وخلطهما، فعلى تقدير الهلاك ينقطع حقهما وينتقل الملك إلى

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٧/ ٢٦٤).الوسيط في المذهب (٣/ ٤١٢).

(٢) نسب صاحب الأنوار (٢/ ٣٧٦) هذا القول إلى المتولي والقشيري وغيرهما.والقشيري هو: عبد الكريم بن هوازن بن عبد الملك بن طلحة بن محمّد، أبو القاسم القشيري النيسابوري، ولد سنة (٣٧٦) هـ، درس الفقه على أبي بكر الطوسي، كان يعرف الأصول على مذهب الأشعري، والفروع على مذهب الشافعي، أجمع أهل عصره على أنه سيد زمانه وقدوة وقته وبركة المسلمين في ذلك العصر، صنف الرسالة في علم التصوف، توفي سنة (٤٦٥) هـ (رحمه الله تعالى). ينظر: طبقات الشافعية لابن شهبة (١/ ٢٥٥)، وطبقات الشافعية للإسنوي (٢/ ١٥٧-١٥٨)، وطبقات الشافعية الكبرى (٥/ ١٥٣).

(٣) مثل: ابن الصباغ. ينظر: نهاية المحتاج (٥/ ١٨٥).

(٤) قال الشافعي في الأم (٣/ ٢٥٤): "وَمِن الشَّيءِ الذي يَخلِطُهُ الغَاصِبُ بِمَا اغتَصَبَ فَلَا يَتَمَيَّزُ منه، أن يَغصِبَهُ مِكيَالَ زَيتٍ فَيَصُبَّهُ في زَيتٍ مِثلِهِ، أو خَيرٍ منه، فَيُقَالُ لِلغَاصِبِ: إن شِئت أَعطَيته مِكيَالَ زَيتٍ مِثلَ زَيتِهِ، وَإِن شِئت أَخَذَ من هذا الزَّيتِ مِكيَالًا، ثُمَّ كان غير مُزدَادٍ إذَا كان زَيتُك مِثلَ زَيتِهِ، وَكُنت تَارِكًا لِلفَضلِ إذَا كان زَيتُك أَكثَرَ من زَيتِهِ، وَلَا خِيَارَ لِلمَغصُوبِ؛ لِأَنَّهُ غَيرُ مُنتَقِصٍ، فَإِن كان صَبَّ ذلك المِكيَالَ في زَيتٍ شَرٍّ من زَيتِهِ، ضَمِنَ الغَاصِبُ له مِثلَ زَيتِهِ؛ لِأَنَّهُ قد انتَقَصَ زَيتَهُ بِتَصيِيرِهِ فِيمَا هو شَرٌّ منه".

(٥) ينظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٤١٣)،

(٦) مثل: صاحب الحاوي في شرح اللباب كما قال صاحب الأنوار، والزركشي ينظر: العزيز (٥/ ٤٦٢)، والروضة (٤/ ١٤٠)، منهاج الطالبين (١/ ٧٢)، نهاية المحتاج (٥/ ١٨٨)، والأنوار (٢/ ٣٧٦).

(٧) قاله الإمام في: نهاية المطلب (٧/ ٢٦٤)

(٨) قاله الغزالي في: الوسيط في المذهب (٣/ ٤١٢).

الغاصب، فيكون ظلمه وعدوانه سبباً لإثبات ملكه في شيء لم يكن له فيه حق، وهذا من المحالات العقلية والشرعية، البيّنة الفساد[١].

ومنها: أنّه لو خلط اثنان مثلياً قصداً، أو خلط أحدهما بإذن الآخر، اشتركا بالاتفاق[٢]، فهذا أولى، وإذا كانا يشتركان فيما إذا تعذّر فصلُ الصّبغ، كما ذكرنا فهاهنا أولى.

ومنها: ما[روي: أنّ الشافعيّ] ﷺ منع على أبي حنيفة ﷺ تملّك المغصوب بتغيير الاسم والمنفعة[٣]، فكيف بما لم يتغيّر؛ فإنّ ذلك وراء مذهبه بمراتب، مع ما نقلنا عن "المختار" من عدم جواز الانتفاع إلى الغرامة.

ومنها: ما ذكر البغوي والروياني والقشيري وابن كج والبندنيجي: "أنّه إذا انثالت[٤] حنطة لزيدٍ إلى حنطةٍ لعمروٍ، اشتركا"[٥].

وهذا تصريح بالشّركة لا بالهلاك[٦] وغير ذلك من الوجوه المذكورة في ردّ ذلك في مفردات الكتب المذهبية وأتى بمعظمها صاحب الأنوار في كتاب: الصيد و الذبائح[٧].

(**ولو غصب ساجةً**) - أي: لوحاً منحوتاً. وقيل: نوعٌ من الدُّلب[٨]. ويقال: إنّها

---

(١) قال عميرة في حاشيته على شرح المنهاج (٣/ ٤٠): "إعلم أنّ السبكي ﷺ اعترض القول بجعله هالكاً، واستشكله وقال: كيف يكون التعدي سبباً للملك؟ وساق أحاديث جمة، واختار أن ذلك شركة بينهما كالثوب المغصوب، قال: وفتح هذا الباب فيه تسليط الظلمة على ملك الأموال بخلطها".

(٢) كنز الراغبين (٣/ ٤٠).

(٣) ينظر: بحر المذهب (٩/ ٦٤-٦٦)، والفقه الأسلامي وأدلته: (١/ ٣٦٩)، والمغني (٥/ ٢٤٣).

(٤) انثال: انصب وانهال.. المعجم الوسيط (١/ ١٠٢). وينظر: التهذيب (٤/ ٣٢٧).

(٥) ذكر صاحب الأنوار هذا القول ونسبه إلى امام الحرمين والغزالي والمتولي والقشيري وغيرهم. ينظر: الأنوار (٢/ ٣٧٦-٣٧٧)، ونهاية المطلب (٧/ ٢٦٨)، الحاوي الكبير (٥/ ١٧٤)، وأسنى المطالب (٢/ ٤٤).

(٦) ينظر: تفصيل هذه المسألة في: نهاية المطلب (٧/ ٢٦٣-٢٧١).

(٧) ينظر: الأنوار (٢/ ٣٧٦-٣٧٧).

(٨) الدلب: شجر العيثام، وقيل: شجر الصنار، وقيل: شجر عظيم مفرض الورق شبيه بورق الكرم، لا نور له ولا ثمر، واحدته الدلبة، وقيل: هو شجر ولم يوصف. لسان العرب (١/ ٣٧٧)، وفي الرسالة الأحمدية للشيخ معروف النودهي: "دلبه چنار".

العرعر[1]، والمراد هنا: الخشب المنحوت مطلقاً - **(وأدرجها في بنائه[2]، أخرجت)** قهراً، **(وردّت)** إلى مالكها[3]، وإن تولد من إخراجها نقصان على الغاصب[4]، وأرشُ النقص إن نقصت، وأجرةُ مدة البقاء فيها.

وإن تعفّنت، بحيث لو أخرجت تفتّتَت، أو لم تصلح لشيء، فهي كالتالف[5]، فيغرم قيمتها.

وحُكمُ الطّوبِ[6] المشويّ، واللَّبِنِ، والجّص، والنُّورة[7]، والأحجار، كالساجةِ[8].

(ولو أدرجها) أي: الساجة **(في سفينة فكذلك)**- أي: أخرجت قهراً وردّت إلى مالكها، وإن تولد من إخراجها نقصان على الغاصب، وأجرة مدة البقاء فيها مع أرش النقص إن نقصت.

ولو صارت بحيث لو أخرجت تفتّتَت، أولم تصلح لشيء، فهي كالتّالف، فيغرم قيمتها.

وحكم المسمار، والقار[9]، حكم السّاجة.

-**(إلّا أن يخاف منه)** أي: من إخراجها **(هلاك نفس، أو)** هلاك **(مال معصوم)**[10] قيدٌ لهما بتغليب المذكّر على المؤنث.

وذكر الخوف بأن تكون السّاجة في موضع يبلغها الماء، وهي في وسط البحر، فيصبر

---

(١) العرعر: جنس أشجار وجنبات من الصنوبريات، فيه أنواع تصلح الأحراج وللتزيين، وأنوعه كثيرة. المعجم الوسيط (٢/ ٥٩٥).

(٢) أو أدرجها في بناء غيره، كمنارة مسجد. ينظر: النجم الوهاج (٥/ ٢٠٩)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٣)،

(٣) قال الرافعي في: العزيز (٥/ ٤٦٥): "وبه قال: مالك وأحمد. وعند أبي حنيفة: يملك ويغرم المالك".

(٤) أي: ولو تلف على الغاصب بسبب الإخراج أضعاف قيمتها؛ لتعدِّيه. ينظر: العجالة (٢/ ٨٩٢)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩٣).

قال الرافعي في العزيز (٥/ ٤٦٥): "أنّه بنى على ملك الغير عدواناً، فلا يزول به ملك المالك، قياساً على ما لو غصب أرضاً، وبنى عليها، وأيضاً فإنَّ القدرة على المثل تمنع من العدول إلى القيمة؛ لأنَّ المثل أقرب إلى المغصوب، فأولى أن تمنع القدرة على العين العدول إلى القيمة، وهذا ما لم تعفن الساجة".

(٥) فلا تخرج؛ لأنه إتلاف مال بغير فائدة، ويطالب الغاصب بقيمتها. النجم الوهاج (٥/ ٢٠٩).

(٦) الطوب: الآجر، أي: اللبن المحروق، واحدته طوبة. المعجم الوسيط (٢/ ٥٦٩).

(٧) النُّورَة: حجر الكِلس. المصباح المنير (ص٣٧٤).

(٨) ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٨٩٢)، النجم الوهاج (٥/ ٢٠٩)

(٩) القار: القير، يطلى به السفن فيمنع الماء أن يدخل فيها. ينظر: المصباح المنير (ص٣١٠)،

(١٠) هو: المال المحترم الذي لا تجوز مصادرته وأخذه، أو: ما حرم قتله أو إتلافه. ينظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٣/ ٩٥)، ومعجم لغة الفقهاء (١/ ٤٤١).

المالك إلى أن تصل إلى السّاحل، ويأخذ القيمة إن أراد؛ للحيلولة، فإذا أخرجت وردت، استرد الغاصب القيمة[١].

ويدخل في مفهوم الاستثناء عكساً، أن تكون السفينة على الأرض، أو مشدودةً بالساحل، أو تكون الساجة حيث لا يبغلها الماء، أو لا يخاف تلف نفسٍ أو مالٍ معصوم.

وغير المعصوم هو: الحربيّ، والمرتدّ، وتارك الصلاة عمداً، ومال الحربي[٢].

وقيل: والغاصب وماله[٣]، إلّا أن يكون ماله حيواناً محترماً.

وأُلحِق بالغاصب في ذلك، مَن علم بالغصب، وركب السفينة من غير اضطرار.

وقيل: الغاصب وماله معصومان؛ إذ ليس للمالك إهلاكهما؛ لتمكّنه من الوصول إلى الحق بدون ذلك، بأن يأخذ قيمة الحيلولة، ويصبر إلى أن تردّ عليه في الساحل[٤].

وهذا أقوى، ينبغي أن يفتى به، وإن أفهم كلام المصنف في الشرحين غير ذلك[٥].

***

---

(١) ينظر: العزيز (٥/ ٤٦٥)، روضة الطالبين (٤/ ١٤٢-١٤٣)، عجالة المحتاج (٢/ ٨٩٢)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٣).

(٢) ينظر: عجالة المحتاج (٢/ ٨٩٢)، النجم الوهاج (٥/ ٢١٠)، والإقناع للشربيني (٢/ ٣٥٩)، حاشية القليوبي (٣/ ٤١)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي (٦/ ٤٩).

(٣) مال الغاصب عند الإمام غير معصوم. ينظر: نهاية المطلب (٧/ ٢٧٦-٢٧٧)، والعزيز شرح الوجيز ط العلمية (٥/ ٤٦٦).

(٤) ينظر: بحر المذهب (٩/ ٧٥)، الوسيط (٣/ ٤١٥)، والتهذيب (٤/ ٣٢٩-٣٣٠)، والعزيز (٥/ ٤٦٥)، والروضة (٤/ ١٤٣).

(٥) قال الرافعي في العزيز (٥/ ٤٦٥): " وإن خيف من النزع هلاك مال، إما نفس السفينة أو غيرها، فهو إما للغاصب، أو لمن وضع ماله فيها، وهو يعلم أنّ فيها لوحاً مغصوباً، أو لغيرها، إن كان لغيرهما لم ينزع أيضاً- أي: مثل حيوان محترم-، وإن كان لهما فوجهان: **أصحهما**: عند الإمام: النزع كما يهدم البناء لرد الساجة، ولا يبالي بما يضيع عليه. **والثاني**: وهو الأصح عند ابن الصباغ وغيره، أنّه لا ينزع؛ لأنّ السفينة لا تدوم في البحر، فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط، بخلاف الساجة المدرجة في البناء، فإنّ البناء للتأبيد.
وحيث لا تنزع إلى الوصول إلى الشط، توجد القيمة للحيلولة إلى أن يتيسر الفصل، فحينئذ يرد مع أرش النقص إن نقص، ويسترد القيمة ". وكذلك قال الروياني في: بحر المذهب (٩/ ٧٥): " و النووي في: روضة الطالبين (٤/ ١٤٣): ". وغالب الظن أنّ مراد أبو بكر المصنف بقوله: "وإن أفهم كلام المصنف في الشرحين غير ذلك "، أنّ الرافعي لم يرجح أحد الوجهين على الآخر، والله أعلم.

ما يترتب على تصرفات الغاصب

(فصل: وطء الغاصب الجارية المغصوبة) مزوّجةً كان أو خليّةً **(عن عِلمٍ بالتَّحريم)** سواءٌ علمت الموطئة التحريم أم جهلَت **(يُوجِبُ الحدَّ)**؛ لأنّ الغصب ليس من الجهات الدافعة للحد؛ لثبوت اليد عليها عُدواناً، فيكون الوطءُ زناً محضاً.

(وكذا) يوجب **(المهر إن كانت مكرهةً)** على الوطء، لما ذكرنا: أنّ منفعة البُضع تضمن بالتفويت.

والمراد بالتفويت كما ذكرنا استيفاؤها **بالا**ستعمال[1].

(وإن كانت طائعةً) في الوطء عالمةً بالتحريم، وجب الحدّ عليها **(لم يجب المهر على الأظهر)**[2] من الوجهين كسائر الزّواني؛ لأنّها مسقطة لحرمتها **بالإ**طاعة، وقد صرح به صاحب الشرع حيث قال: «**لا مهر للباغية**»[3].

والثاني: يجب المهر وإن أطاعت؛ لأنّ المهر ليس لها لتكون بالإطاعة وإسقاط الحرمة مُسقطةً لحقها، بل هو حق السيد، فلا يؤثر فيه إطاعتها وامتناعها، والحديث مخصوص بالحرائر المكلفات.

وهذا ما اختاره كثيرٌ من أصحابنا، وبه أفتى صاحب التلخيص[4].

---

(١) قال البغوي في: التهذيب (٤/ ٣١٤): "المهر أحد ما يجب بالوطء في ملك الغير؛ فيجب على المكره العالم كالحد".

وقال الدميري في: النجم الوهاج (٥/ ٢١١): "البغي بالتخفيف: الزنا، والبغيّ بالتشديد: الزانية، وروي الحديث بهما، فاحتج أبو حنيفة ومالك برواية التخفيف، فقالا: لا مهر إذا أكره أمة أو حرة على الزنا، واحتج الشافعي ﷺ برواية التشديد".

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٦٥)، والتهذيب (٤/ ٣١١)، البيان (٧/ ٦٩)، العزيز (٥/ ٤٧١)، والروضة (٤/ ١٤٧).

(٣) الحديث بهذا اللفظ لم يرد في كتب الحديث، والصحيح ما رواه البخاري، رقم (٢٢٣٧)، عن أبي مسعود ﷺ قال: «**نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي**»، ورواه مسلم، رقم (١٥٦٨) بلفظ: «**شر الكسب مهر البغي**». قال ابن حجر في: تلخيص الحبير (٣/ ٥٥): "حديث النهي عن **مهر البغي** متفق عليه من حديث أبي مسعود".

(٤) قال البغوي في: التهذيب (٤/ ٣١١): "وقيل: يجب المهر". وقال الماوردي في: الحاوي الكبير (٦/ ٦٥): "وعلى مذهب أبي العباس بن سريج: عليه المهر". وقال العمراني في: البيان (٧/ ٦٩)، والماراني في: تكملة المجموع (١٥/ ٥٣٠): "ومن أصحابنا من قال: يجب عليه المهر". وقال الروياني في: بحر المذهب (٩/ ٣٨): "وفيه قول

(وإن كانا) أي: الغاصب و الجارية **(جاهلَين بالتحريم)** بأن جهلا بتحريم الزنا مطلقاً، أو جعلا اليد العادية سبباً للحلّ، أو للبُعد عن العلماء، أو لقُرب عهدهما بالإسلام **(فلا حدّ)** عليهما؛ لأنّ الجهل بالتحريم من الشبهات الدافعة للحد[1] **(ويجب المهر)** أي: مهر المثل ثيباً، وأرش البكارة إن كانت بكراً[2].

ولا فرق بين كونها طائعةً أو مكرهةً؛ لأنّ القواعد الشرعية، وجوب المهر عند انتفاء الحدّ[3].

(وإن كانت الجارية عالمة) بالتحريم دون الغاصب **(فعليها الحدّ)** دونه[4]، **(ويفرق في المهر بين المكرهة و الطائعة)** فيجب المهر في المكرهة بلا خلاف، وفي الطائعة الخلاف: وهو عدم الوجوب في الأظهر، و الوجوب في الثاني[5].

***

الشيخ الشارح وزوجة رئيس القبيلة

لطيفة : كنتُ ضيفاً مع بعض من التلاميذ، في قبيلةٍ من الأكراد، وكانت لرئيس القبيلة زوجة، وكانت من أحسن نساء القبيلة، بل لو قيل: بأحسنيَّتها على

مخرج: يلزمه المهر، هكذا قال أصحابنا بالعراق، وقال بعض أصحابنا بخراسان: النص في هذا الموضع يدلّ على الإيجاب، وهو اختيار ابن الحداد؛ لأنّ الشافعي أوجب المهر مع الحدّ على الغاصب، ولم يتعرض للفصل بين الطواعية والكراهية ".وهذه الأقوال تدلّ على أنّ القول بوجوب المهر هو قول بعض الأصحاب، لا كثير منهم كما قال الشارح: الشيخ أبو بكر المصنف. .

(١) قال الزركشي في: المنثور في القواعد (١/ ٢٧٠): " الجهل بالتحريم مسقط للإثم والحكم في الظاهر لمن يخفى عليه؛ لقرب عهده بالإسلام ونحوه، فإن عَلِمَهُ وجهل المرتب عليه لم يعذر"، وجاء فيه أيضاً (٢/ ٣٠٧): "مَن علم حرمة شيء مّما يجب فيه الحدّ، وجهل وجوب الحد، لم ينفعه جهله بالحد، بخلاف جهله بالحرمة ".

(٢) إذا كانت بكراً، هل يُفرَدَ أرش البكارة عن المهر؟ فيه وجهان:
أحدهما: يفرد؛ لأنّ كل واحد ينفك عن الآخر، فعليه أرش البكارة مع مهر مثل ثيبٍ. والثاني: لا يفرد، فعليه مهر مثل بكرٍ. ينظر: التهذيب (٤/ ٣١١)، البيان (٧/ ٦٨)، العزيز (٥/ ٤٧١)، والروضة (٤/ ١٤٧)، حاشيتا قليوبي- عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين (٣/ ٤٢).

(٣) قال الزركشي في: المنثور في القواعد (١/ ٢٨٧): " حيث انتفى الحد في الوطء ثبت المهر، إلّا في وطء السفيه بغير إذن الولي، فلا حدّ ولا مهر".

(٤) أي: إن كانت طائعةً لا مطلقاً، كما هو مفهوم من عبارة المصنف، وفيه مساهلة. هامش ن (أ، ج).

(٥) ينظر: البيان (٧/ ٦٩)، والعزيز (٥/ ٤٧١)، والروضة (٤/ ١٤٧)، وتكملة المجموع (١٥/ ٥٣٠).

الإطـلاق لم يبعـد، فَقَرُبَـت عـليّ وقالـت: أوصنـي خـيراً.

قلـت: أنتـم أصحاب الأمـوال فعليكـم ببذلهـا، وإنفاقِهـا في سـبيل الله، فقـد قـال: رسـول الله ﷺ : «الدنيـا مزرعـةُ الآخـرة، و المـالُ بـذرُ السـاهرة»[1].

فقالت: يا سيّدُ أنا أكثرُ النّاس فيَ ذلك إنفاقاً وأَحسَنُهم مواساةً للفقراء.

قلتُ: وكيف ذلك؟

قالـت: كنـتُ نظـرتُ في أمـوالي فـما وجـدتُ شـيئاً أُنفِـقُ في سـبيل الله تعـالى أحسـنَ مـن نفسي، فوقفتُهـا عـلى الفقـراء والمسـاكين، فـما تجري عَـلَيَّ ليلـةٌ، إلّا وأرضَيـتُ فيهـا أكثر مـن ثلاثـةٍ أو أربعـةٍ ممّـن لا يجـدون زوجـةً ولا مـالاً ينكحـون بـه؛ حسـبةً لله.

فلمّا سمعتُ ذلك، سكتُّ متعجباً مِن شأنها!! فقالت: لم لا تـتكلّم على كلامي؟

قلـتُ: هـذا فعـلٌ شـنيعٌ محـرّمٌ، لم يكـن حـلالاً في زمـنٍ مـن الأزمنـة، مِـن لَـدن آدم -عـلى نبينـا وعليـه الصـلاة و السـلام- إلى يومنـا هـذا، وقـد قـال الله تعـالى: ﴿ وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾ (الإسرا: ٣٢)، وفَسَّرتُهـا لهـا.

فلمّا سـمعَت بهـذا، بكـت بكـاءً، بحيـث اجتمـع أهـلُ الخيـام عليهـا مـن صياحهـا، وكانـوا يسـألون عـن بكائهـا، فلـم تجبهـم.

قالـت: فـما العـلاج؟! قلـتُ: التوبـةُ والنّـدم، فتابـت، وصـارت بحيـثُ لم تفـتر عـن أنـواع الطاعـات ليـلاً ونهـاراً سرّاً وجهـاراً، ثـمّ ماتـت بعـد ثـلاث سنين مـن توبتهـا، وصـار قبرُهـا مـزاراً لأربـاب الحاجـات.

---

(١) حديث: «الدنيا مزرعة الآخرة». أورده الصغاني في الموضوعات (ص٦٤)، وقال السخاوي في: المقاصد الحسنة (ص٣٥١): "لم أقف عليه مع ايراد الغزالي له في الاحياء، وفي الفردوس بلا سند عن ابن عمر مرفوعاً: «الدنيا قنطرة الآخرة فاعبروها ولا تعمروها».وفي الضعفاء للعقيلي، ومكارم الاخلاق لابن لال: من حديث= طارق بن اشيم رفعه: «نعمت الدار الدنيا لمن تزود منها لآخرته» الحديث. وهو عند الحاكم في مستدركه وصححه؛ لكن تعقبه الذهبي: بأنه منكر، قال: وعبد الجبار - يعني راويه - لا يعرف"، وبمثله قال صاحب: كشف الخفاء (١/ ٤٩٦).وقال: ملا علي القاري في: الأسرار المرفوعة في الأخبار الموضوعة (ص١٩٩): "قلت: معناه صحيح يقتبس من قوله تعالى:﴿ مَن كَانَ يُرِيدُ حَرۡثَ ٱلۡأٓخِرَةِ نَزِدۡ لَهُۥ فِي حَرۡثِهِۦۖ وَمَن كَانَ يُرِيدُ حَرۡثَ ٱلدُّنۡيَا نُؤۡتِهِۦ مِنۡهَا وَمَا لَهُۥ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ مِن نَّصِيبٍ ﴾ (الشورى: ٢٠)".

و (المال بذل الساهرة)، لم أعثر عليه في الكتب التي بين يدي، لا حديثاً موضوعاً، ولا حتى قيلاً.

(**ووطء المشتري من الغاصب**) أي: الذي اشترى الجارية المغصوبة من الغاصب (**كوطء الغاصب في الحدّ والمهر**) سواءٌ علم الغصبَ أو لم يعلم، فإن علِم حرمةَ الوطء حُدَّ، بأن علم كونها مغصوبةً مع علمه بحرمة الزنا مطلقاً.

وإن جهل حرمة الوطء بجهلِ كونها مغصوبةً، أو جهلِ حرمة الوطء مطلقاً فلا حدّ، وعليه المهر وأرش البكارة.

وإن علمت الجاريةُ دونه حُدَّت، ولا مهرَ إن كانت طائعةً، ويجب أرش البكارة.

وإن كانت مكرهةً، وجب المهرُ مع أرش البكارة.

(**وإذا غرّمه المشتري**) أي: إذا غرم المهرَ المشتري (**من الغاصب**)، وسلّمه إلى السّيد، (**فأصحُّ القولين أنّه**) أي: المشتريَ (**لا يرجع به**)[1] أي: بالمهر المغروم (**على الغاصب**)؛ لأنّه المباشرة باستيفاء المنفعة.

ومن القواعد الكلية: حوالة الضّمان على مباشِر الإتلاف، إذا اجتمع مع الشرط أو السبب[2].

والثاني: يرجع بما غرّم على الغاصب، إذا جهل بكونها مغصوبة؛ لأنّه غير ملتزم للضمان حين اشتراها؛ لأنّ الغاصب قد غرّه بالبيع[3].

[وأرش البكارة] كالمهر في طرد القولين[4].

وفيه طريق: أنّه لا يرجع بلا خلاف؛ لأنّ الافتضاض[5] إتلاف [محضٌ]، ولهذا سُوِّيَ فيه بين آلة الجماع وغيرها[6].

---

(١) وهو قول الشافعي في الجديد، وبه قال أبو حنيفة، قال البغوي: "وهذا ظاهر المذهب". ينظر: الأم (٧/ ٩٨)، والبحر (٩/ ٤٠)، والتهذيب (٤/ ٣١٥)، والبيان (٧/ ٧١)، والعزيز (٥/ ٤٧٧)، والروضة (٤/ ١٥١).

(٢) المنثور في القواعد (١/ ٥٥- ٥٦): وينظر: البحر المحيط في أصول الفقه (١/ ٢٤٦)، والتهذيب (٤/ ٣١٧).

(٣) وهو قول الشافعي في القديم، وأفتى به البغوي. ينظر: بحر المذهب (٩/ ٤٠)، والتهذيب (٤/ ٣١٥)، والبيان (٧/ ٧١)، والعزيز شرح الوجيز (٥/ ٤٧٧)، وروضة الطالبين (٤/ ١٥١).

(٤) قال الرافعي في: العزيز (٥/ ٤٧٨): "وعدم الرجوع به أظهر؛ لأنّه بدل جزء منها أتلفه، فأشبه ما لو قطع عضوا من أعضائها"..

(٥) إفتضاض البكر: إزالة بكارتها بالذَكَر ونحوه. ينظر: معجم لغة الفقهاء (ص٩٢).

(٦) ينظر: التهذيب (٤/ ٣١٦)، مغني المحتاج (٢/ ٢٩٤).

[حكم تكرر الوطء من الغاصب والمشتري منه]

وتكرّر الوطء لا يوجب تكرّر المهر، إن كان عن جهل؛ لشمول الشبهة، كالنكاح الفاسد، إلّا أنّه يعتبر أعلى الأحوال[١].

وإن كان عن علم، ولم توجد مَن الجارية طواعية، فكذلك لا يتكرر المهر، كما لا يتكرر الحدّ في أحد الوجهين.

والثاني: يتكرر المهر بتكرر الوطء؛ لأنّها مكرهة في كل مرة، و الواطئ عالم بالتحريم، فهو ملتزم في كل مرة، ضمان ما استوفاه من المنفعة[٢]، وهذا ما اختاره الغزالي[٣]، وصحّحه المصنف في الشرح الصغير[٤].

(**وإن كان الوطء محبلاً**) من الغاصب أو المشتري (**والواطئ**) أو الغاصب أو المشتري (**عالم بالتحريم، فالولد رقيق**) للسيدِ (**غير نسيب**) للواطئ؛ لأنّ الزنا لا حرمة له، فلا يثبت به نسب ولا مصاهرةٌ، فإذاً لا يجعل الولد مهملاً، بل يجعل تابعاً للأُم في الرق.

فإن انفصل حياً فيردّ مع الأم على السيد، وقبل الردّ من ضمان الواطئ.

وإن انفصل ميتاً، فإن كان بجناية جانٍ، فبدله المأخوذ من الجاني للسيد، وإن لم يكن بجناية جانٍ، فالأقرب أنّه لا ضمان على الواطئ، غاصباً أو مشترياً منه؛ لعدم تحقّق حياته، وسببُ ضمان الرقيق هلاكُه تحت اليد العادية، ولم يتحقّق[٥].

---

(١) ينظر: منهاج الطالبين (١/ ١٠٢)، وحاشيتا قليوبي- عميرة على شرح المحلي (٣/ ٢٨٥-٢٨٦).

(٢) قال الرافعي في العزيز (٥/ ٤٧٢): "لكن قضية هذا الوجه، الحكم بالتعدد في صورة الجهل؛ لأنّ الإتلاف الذي هو سبب الوجوب حاصل، فلا معنى للإحالة على الشبهة، وإنما يحصل اعتماد الشبهة، حيث لا يجب المهر لولا الشبهة، وذكر هذا المستدرك إمام الحرمين". ينظر: التهذيب (٤/ ٣١٢)، والبيان (٧/ ٧٢)، والروضة (٤/ ١٤٨). وبحر المذهب (٩/ ٤١)، والبيان (٧/ ٧٢).

(٣) قال الغزالي في: الوسيط (٣/ ٤١٨): "وإذا أوجبنا المهر في صورة الاستكراه، ووطئ مراراً: تردد فيه الشيخ أبو محمّد، ومَيلُ الإمام إلى التعدد؛ لأنّ مستندَه الإتلافُ لا الشبهة، وقد تعدد الإتلاف".

(٤) لم أعثر على نسبة هذا التصحيح إلى الرافعي في الكتب الموجودة لديّ.

(٥) قال النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٤٨): "فإن انفصل حيا فهو مضمون على الغاصب، أو ميتاً بجناية فبدله لسيده، أو بلا جناية، ففي وجوب ضمانه على الغاصب وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر النص الوجوب؛ لثبوت اليد عليه تبعاً للأم، وبه قال الأنماطي وابن سلمة، واختاره القفال.

وبالمنع: قال أبو إسحاق، واختاره أبو محمّد والإمام والبغوي؛ لأن جنايته غير متيقنة، وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده".

(**وإن كان**) الواطئ (**جاهلاً بالتحريم، فهو**) أي: الولد (**حرٌ نسيبٌ**)؛ لأنّ علوقه لم يكن من الزنا؛ لشبهة الجهل بالتحريم، ولم يكن بنكاح ليكون تابعاً للأم.

(**وعلى الواطئ**) للسيد (**قيمة يوم الانفصال**) حيّاً[1] على ما يقتضيه، فإن كان سليم الأعضاء فقيمتُهُ سليماً، وإن كان فقيدَ الأعضاء، أو بعضِها خِلقَةً فبقيمته ناقصاً كذلك.

وقيل: يلزمه قيمة السّليم وإن كان ناقصاً.

(**وإذا غرِمها المشتري من الغاصب**) وسلّمها إلى السيد (**رجع**) المشتري (**بها**) أي: بقيمة الولد يوم الانفصال (**على الغاصب**)؛ لأنّه غرّه بالبيع؛ لأنّه شرع في العقد **على** أن يسلم له **الولد** حراً من غير غرامةٍ.

وفيه [طريقٌ]: أنّه على الخلاف في الرجوع بالمهر.

وإن انفصل ميتاً [من غير جناية] فلا شيء عليه، أوبجناية [جانٍ] فعليه ضمانه، والمالك مخيّر في تضمين الجاني والغاصب، والقرارُ على الجاني.

وفي ضمان الغاصب للسيد إذا انفصل ميتاً [من غير جناية، الخلاف الذي ذكرنا في الرقيق.

ويقاس به المشتري من الغاصب، وضمانه إذا انفصل ميتاً] بجناية جانٍ عشر قيمة الأم[2].

والكلام في أنّ للعاقلة دخلاً في بدل الجنين الرقيق والغرّة في الحر، يأتي في كتاب الديات إن شاء الله تعالى.

(**وإذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري**) من الغاصب، (**وغرّمها**) المشتري بالمثل أو القيمة للمالك (**لم يرجع**) المشتري بما غرم[3] (**على الغاصب**)؛ لأنّه تلف

قال الدميري في: النجم الوهاج (٥/ ٢١٢): "قال الرافعي (ج٥/ ص٤٧٣) -: ظاهر النص ضمانه، وصحح بعد ذلك بأوراق - (ج٥/ ص٤٧٩) - عدمه وقواه في الشرح الصغير". ينظر: بحر المذهب (٩/ ٣٨)، والتهذيب (٤/ ٣١٣)، والبيان (٧/ ٦٨-٧٠).

(١) لأنّ التقويم قبله غير ممكن. العزيز (٥/ ٤٧٣)، والنجم (٥/ ٢١٢)، والعجالة (٢/ ٨٩٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩٤).

(٢) ينظر: التهذيب (٤/ ٥١٦)، العزيز (٥/ ٤٧٣-٤٧٥)، والروضة (٤/ ١٤٩)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩٤).

(٣) سواء كان المشتري عالماً؛ لأنّه غاصب مثله وتلف تحت يده، أو جاهلاً؛ لأنّ المبيع بعد القبض من ضمان المشتري. ينظر: الوسيط (٣/ ٤١٩)، العزيز (٥/ ٤٧٦)، والروضة (٤/ ١٥٠)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩٥).

من ضمانه بحكم الشّري الفاسد، وإنّما يرجع على الغاصب بالثمن.

وحكي عن الفروع المولدات[1] لأبن الحدّاد، وعن صاحب التقريب[2] أنّه: " يرجع من المغروم بما زاد على الثمن "[3].

وإذا كانت الغرامةُ بالقيمة فهيَ أقصى ما كانت من القبض إلى التلف، والزيادة التي كانت في يد الغاصب مضمونةٌ على الغاصب دون المشتري.

(وكذا لو تعيّبت)[4] العين (في يده) المشتري وغرم أرش النقص للمالك، لا يرجع به على الغاصب **(على الأظهر)** من القولين، بناءً على أنّ الشرى عقدُ ضمانٍ، وقد تعيب عند المشتري فهو كما لو عيّبه[5].

والثاني: يرجع به[6]؛ لأنّه إنّما شرع في العقد على أن لا يتوجه عليه ضمان كما هو شأن البيع، فهو مغرورٌ بالبيع، والغاصب هو الذي غرّه فيرجع عليه.

(والأصح) من القولين أيضاً- وتعبيرُهُ بالأصح دون الأظهر؛ لتفاوت الترجيح

---

(١) كتاب صغير الحجم، كثير الفائدة، في الفروع على مذهب الشافعي لابن الحداد، " دقق في مسائله غاية التدقيق، واعتنى بشرحه جماعة من الأئمة الكبار، شرحه القفال المروزي شرحاً متوسطاً، وشرحه القاضي أبو الطيب الطبري في مجلد كبير، وشرحه الشيخ أبو علي السنجي شرحا تاماً مستوفى، وهو أحسن الشروح ". ينظر: وفيات الأعيان (٤/ ١٩٧) ومرآة الجنان (٢/ ٣٣٦).

(٢) هو: أبو الحسن القاسم بن أبي بكر محمّد بن علي بن إسماعيل القفال الكبير الشاشي.

(٣) حكاه عن صاحب التقريب، كل من الغزالي والرافعي والنووي والدميري والجلالي والخطيب الشربيني، ثم قال النووي والدميري: " وهو شاذ ". ينظر: الوسيط (٣/ ٤١٩)، العزيز (٥/ ٤٧٧)، وروضة الطالبين (٤/ ١٥٠)، والنجم الوهاج (٥/ ٢١٣).

(٤) أي: لا بفعل المشتري، سواء بآفة سماوية أو غيره؛ لأنّ ما تعيب بفعله يستقر عليه ضمانه، ولا يرجع قطعاً، وكذا لو أتلف الجميع. العزيز (٥/ ٤٧٧)، والروضة (٤/ ١٥١)، والعجالة (٢/ ٨٩٣)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩٥).

(٥) وهو تخريج المزني، كما قال الدميري والرافعي، تسوية بين الجملة والأجزاء؛ لأنّ ما ضمن كله ضمن جزؤه، وبه قال العراقيون وأكثر الأصحاب. ينظر: النجم (٥/ ٢١٣)، والعزيز (٥/ ٤٧٧)، والروضة (٤/ ١٥١).

(٦) نسب الغزالي والرافعي والدميري هذا القول إلى نص الشافعي، وهو قوله في: الأم (٣/ ٢٤٩): " ولِرَبِّ الجارية أن يأخذ ما نقصه العيب الحادث في يد المشتري من المشتري، فإن أخذه من المشتري رجع به المشتري على الغاصب، وبثمنها الذي أخذ منه؛ لأنه لم يسلم إليه ما اشترى، وسواء كان العيب من السماء، أو بجناية آدمي "، قال الدميري: " وهو مشكل "، وقال الغزالي: " قال المزني: هو خلاف قياسه؛ لأنّ الكلّ من ضمانه حتى لم يرجع فيه، فكيف يرجع بالأجزاء؟ "، وقرر ابن سُرَيج قول الشافعي، وعلله بأنّ العقد يوجب ضمان الجملة، ولا يوجب ضمان الأجزاء على الإنفراد. ينظر: الوسيط (٣/ ٤٢٠)، والنجم الوهاج (٥/ ٢١٣).

بينهما؛ لأنّ عند المصنف كل أصح أظهر، ولا ينعكس- (**أنّه**) أي: المشتري (**لا يرجع**) على الغاصب (**بغرامة المنافع التي استوفاها**) بنفسه أو بإقامة نائب مقامه في الاستيفاء، وذلك بأن أخذ المالكُ منه أجرة السكون، أو الركوب، أو اللّبس، أو الحراثة، أو النضح؛ لأنّه غرّمها في مقابلة نفع عائد إليه[1]، **وقد قيل**: الغرم مع الغنم[2].

والثاني: يقول ما قال في صورة التعيّب، وهو أنّ الغاصب قد غرّه بالبيع، ولم يشرع في العقد على أن يضمن أجرة منافع المبيع.

(**وأنّه**) [أي: المشتري] (**يرجع بغرامة ما**) أي: المنافع التي لم يستوفها و (**تلفت في يده**) بأن مضَت على العين المغصوبة عند المشتري مدة لها أجرة، ولم يستعملها المشتري فيها وجب عليه أجرة المثل، فإذا غرّمها للمالك يرجع بها على الغاصب؛ لأنّه غرّم ما لم ينله نفعٌ في مقابله، وقد غرّه الغاصب بالبيع.

والثاني: لا يرجع؛ لأنّها تلفت في ضمانه فكأنّه أتلفها بنفسه أو بوكيله.

(و) يرجع [أي: المشتري] (**بأرش النقصان إذا نقض**) أي: خرّب (**بناؤه وغراسه**) أي: بناء المشتري وغراسُهُ [في الأرض المغصوبة]، وهو تفاوت ما بين البناء والغراس قائمين وبينهما ساقطين مقلوعين.

وإنّما يرجع؛ لأنّ الغاصب هو الذي حمله على ذلك، فالضّررُ إنّما نشأ من جهته، والمشتري شرع فيهما على ظن السلامة بوقوعهما في ملكه[3].

والثاني: لا يرجع؛ لأنّه كان مقصراً في البحث، فيكون في البناء والغراس مُتلِفَ مالِهِ[4].

---

(١) قال الرافعي في: العزيز (٥/ ٤٧٧): "وهو قوله الجديد، وبه قال أبو حنيفة".

(٢) الغرم مع الغنم، أو الغرم بالغنم، نص لقاعدة من القواعد الفقهية، قال الزرقاني: "الغرم: وهو ما يلزم المرء لقاء شيء من مال أو نفس مقابل بالغنم وهو: ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء"،شرح القواعد الفقهية (ص٤٣٧-٤٣٩)، والوجيز في شرح القواعد الفقهية (ص١٥٢).

(٣) قال الغزالي في الوسيط (٣/ ٤٢٠): "ولو بنى فقلع بناءَه، فالأظهر: أنّه يرجع بأرشِ نقضِ الهدم على الغاصب؛ لأنّه فات بغروره، وإليه ميلُ القاضي".

(٤) ينظر: الوسيط (٤/ ٤٢٠)، والنجم الوهاج (٥/ ٢١٣)، والعزيز (٥/ ٤٧٨)، والروضة (٤/ ١٥١).

(وكلّ ما لو غرمه المشتري رجع به)[أي: على الغاصب]كقيمة الولد، وأجرة المنافع التي لم يستوفها، وأرش نقض البناء والغراس **(فلو غرمه الغاصب، لم يرجع به على المشتري)**؛ لأنّ القرار كان على الغاصب.

(و) كل **(ما لا يرجع به المشتري)** على: الغاصب لو غرمه كالمهر والمنافع المستوفاة وأرش البكارة **(يرجع به الغاصبُ)** على المشتري لو غرم؛ لأنّ القرار على المشتري. وقوله: " وكل ما لو غرمه الخ " ليس بحشوٍ ولا إطنابٍ للتوضيح فقط، بل إنّما ذكر؛ ضبطاً للقواعد و تعميماً للحكم المذكور، وهذا دَأْبُهُ -رحمه الله تعالى- فيما لم يكن أفراد الحكم مذكورة، وكان الحكم مما[يعمم]غير مخصوص بما ذكر.

قال المصنف في: الشرح الكبير، والنووي في: زوائد المنهاج: " وكل من أثبت يده على يد الغاصب، على غير جهة [الشرى]، بل بالاتّهاب أو الإستئجار أو الاستعارة، فهو كالمشتري في كل ما مرّ، في الرجوع و عدمه "[1].

و المودع إذا تعدى فكالغاصب من الغاصب.

---

(١) العزيز (٥/ ٤٧٩): " و المنهاج (١/ ٧٢) : والحاوي الكبير (٧/ ١٥٦)، والتهذيب (٤/ ٣١٦-٣١٧)، والعزيز (٥/ ٤٧٩)، وروضة الطالبين (٤/ ١٥٢)، و طبع المكتب الإسلامي (٥/ ٦٥)، والعجالة (٢/ ٨٩٤)، والنجم الوهاج (٥/ ٢١٤)، والتنبيه (١/ ١١٥)، ومغني المحتاج (٢/ ٢٩٥).

قد تم بحمد الله وفضله تحقيق كتاب العارية وكتاب الغصب من الوضوح والتعليق عليهما بالإفادة من تحقيق الشيخ سعد جمال، وانتهاء هذه الحصة في المخطوطات التي حصلت عليها كالآتي: في مخطوطة مكتبة الحاج خالص في أربيل المرقمة (٢٨٣) في اللوحة (٠٠١٠٧)، وفي (٢٧٢٦) في اللوحة (٩١)، وفي (٣١٧٢) في اللوحة (٠٠٥١٥)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة (٦٥٦) في اللوحة (٣١٠)، وفي مخطوطة مكتبة الخال في اللوحة: (١٩١)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات في اللوحة (٦٤٧٤) و. ويأتي بتوفيق الله تحقيق كتاب الشفعة.

كتاب الشفعة [1]

وهي في اللغة الضم، ومنه الشفع في الصلاة وهو ضم ركعة إلى أخرى[2].

سميت الشفعة بها؛ لأن الشفيع يضم نصيب شريكه إلى نصيبه.

وقيل: مأخوذ من الشفع ضد الوتر؛ سميت به؛ لأن الشفيع يجعل نصيب الفرد شفعاً بضم نصيب صاحبه إليه.

وفي الشرع: عبارة عن تملُّك نصيب شريكه المجدَّد ملكَه قهراً بمثل ثمنه أو قيمته.

فحق التملك قهراً كما ذكر هو الشفعةُ شرعاً.

(وفي الخبر) أي في الحديث فيما رواه الدارقطني: «**الشفعة فيما لم يقسم**»[3]، فيخرج بمفهومه شفعة الجار.

---

(١) يشتمل هذا الجزء على كتاب الشفعة من الوضوح، ووجدت هذه الحصة في خمس مخطوطات: تبدأ في مخطوطة مكتبة الحاج خالص في أربيل المرقمة (٢٨٣) من اللوحة (٠٠١٠٧)، وفي المخطوطة (٢٧٢٦) من اللوحة (٩١)، وفي المخطوطة (٣١٧٢) من اللوحة (٠٠٥١٥)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة ٦٥٦ من اللوحة (٣١٠)، وفي مخطوطة مكتبة الخال من اللوحة (١٩١)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات في اللوحة (٦٤٧٤) و.

(٢) مثلا قال الإمام النووي في روضة الطالبين (١/ ٣٢٩): "وَإِذَا أَوتَرَ قَبلَ أَن يَنَامَ، ثُمَّ قَامَ وَتَهَجَّدَ، لَم يُعِدِ الوَترَ عَلَى الصَّحِيحِ المَعرُوفِ. وَفِي وَجهٍ شَاذٍّ: يُصَلِّي فِي أَوَّلِ قِيَامِهِ رَكعَةً يُشَفِّعُهُ، ثُمَّ يَتَهَجَّدُ مَا شَاءَ، ثُمَّ يُوتِرُ ثَانِيًا.

(٣) صحيح البخاري، رقم (٢٢٥٧) بلفظ: «**قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفعَةِ فِي كُلِّ مَا لَم يُقسَم، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ، وَصُرِّفَت الطُّرُقُ فَلاَ شُفعَةَ**»، وفي سنن الدارقطني (٥/ ٤١٦)، رقم (٤٥٥٥) بلفظ: «**إِنَّمَا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الشُّفعَةَ فِي كُلِّ مَا لَم يُقسَم**».

(و) في الخبر أيضاً «**الشُّفعَةُ فِي كُلِّ شِرِكٍ**» أي نصيب [مشترك] «**ربع**» بفتح الراء وهو المنزل الذي يتوطنه الإنسان ويسكن فيه، فيشمل الأبنية والأراضي الساذجة، «**أو حائط**»(١)، يشمل البساتين بأشجارها، ولا يشترط كونها محاطاً بالجدران؛ لورود الخبر على الغالب، فيخرج بمفهومه(٢) المنقولات(٣).

(**لا تثبت الشفعة في المنقولات**) كالحيوان والثياب وسائر الأمتعة، ويلحق بها الأشجار مفردة، وكذا الأبنية بلا أرض، وذلك؛ لأن الشفعة تملكٌ قهريٌ واقعٌ على خلاف القياس، فلا يتجاوز فيها المنصوص، والنص إنما ورد في العقار، ولأنها مشروعة لدفع الضرر بمزاحمة الغير، وذلك يدفع في المنقولات بالنقل، فلا حاجة إلى الشفعة.

(**وإنما تثبت**) الشفعة (**في الأراضي**) سواء بيعت مفردة أو مع المنقولات؛ للحديث المار.

وإذا كانت مع المنقولات التي لا تدخل في مطلق بيعها فيوزع الثمن عليها وعلى المنقول باعتبار القيمة، فيؤخذ بحصة ثمنها.

(و) تثبت (**في ما فيها من الأبنية والأشجار**) والأبواب والرفوف الثابتة والسلاليم المسمرة وكلما يدخل في مطلق بيعها (**بتبعيتها**) فكما يتبعها في البيع يتبعها في الشفعة أيضاً؛ لأنها -والحالة هذه- صارت كجزء منها.

وقوله: "بتبعيتها" تصريح بأن الأبنية والأشجار لو بيعت مفردة من الأرض لا شفعة فيها، وهو كذلك على الأصح؛ إلحاقاً لها بالمنقولات وانتفاءِ التبعية حينئذٍ(٤).

قال ابن الحداد والعبادي: تجوز الشفعة في الأبنية والأشجار مفردة؛ لأن الشفعة إنما هو لدفع ضرر المزاحمة، وهي إن بقيت فهي كالأراضي في الضرر ومزاحمة المشتري، وإن قلعت ضاعت وزاد الضرر(٥).

---

(١) صحيح مسلم، رقم (١٣٥ - (١٦٠٨) بلفظ: «**الشُّفعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ، فِي أَرضٍ، أَو رَبعٍ، أَو حَائِطٍ**».

(٢) يقصد مفهوم المخالفة.

(٣) لأنَّ القسمة إنّما تكون بين الشريكين. منه على هامش مخطوطة مكتبة الخال، اللوحة: (١٩١).

(٤) كذا في النسخ ٣١٧٢(٥١٥) الخال (١٩٢) بيارة(٣١٠) ٢٧٢٦ (٩٢)، والظاهر: "ولانتفاء التبعية".

(٥) نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ٣٠٤).

قال أبو علي: وهذا ممّا ينبغي أن يفتى به.

(وكذا تثبت في الثمار التي لم تؤبر على الأظهر) من الوجهين؛ تبعاً للأشجار التابعة للأرض؛ لدخولها في مطلق البيع معها، فيتبعها في الأخذ.

والثاني: لا تثبت فيها؛ لأن للثمار أمداً منتظراً ينقطع عنده ضرر المزاحمة فغير المؤبَّر كالمؤبَّر في ذلك؛ فإنه لا شفعة في المؤبرة بالاتفاق.

وفي المؤبرة وغيرها إن قلنا بالثاني، يأخذ الشفيع الأرض والأشجار بحصتها من الثمن.

ولو بيعت الأشجار بمغارسها والبناء بأساسها فقط، ففي ثبوت الشفعة فيها وجهان:

أحدهما: الثبوت؛ لأنها صارت مع المغارس والأساس كالعقار.

والثاني: عدم الثبوت؛ لأن المغارس والأساس تابعة حينئذ، والأشجار والأبنية متبوعة فلا يجعل المتبوع تابعاً، وهذا هو الذي أجاب به أكثرهم.

(ولا شفعة في الحجرة المبنية على سقف لأحد الشريكين أو غيرهما)؛ لأنها في معرض الخراب؛ لأنها لا أرض لها فهي في المنقولات أشبه، **(وكذا)** لا شفعة **(لو كان السقف)** المبني عليها الحجرة **(مشتركاً بينهما في الأظهر)** من الوجهين؛ لعدم الثبات أيضاً؛ لأن السقف المبني عليها لا ثبات لها، وما لا ثبات له في نفسه فكيف يفيد ثبات ما عليه.

والثاني: يجوز إذا كان السقف مشتركاً بينهما؛ لاشتراكهما في مستقرها من الجدران وأساسها، وهي ثابتة، نعم، لو بيعت مع السفل المشترك ثبت في الحجرة تبعاً.

ولو كانت الحجرة لأحدهما خاصة والسقف المبني عليها مشتركٌ بينهما فباع صاحبُ الحجرة الحجرةَ وما يخصه من السفل فلا شفعة لشريكه إلا في السفل؛ إذ لا شركة له في الحجرة، والشفعة للشريك لا للجار.

(والطاحونة) أي الرحى الصغير، وأراد به المكان الذي تجعل فيها الطاحونة، لا الحجر؛ فإنه منقول لا شفعة فيه إلا تبعاً **(والحمّام)** الصغير **(وسائر ما لو قسّم لبطلت المنفعة المقصودة منه)** كالبالوعة[1] والنهر الصغير والبئر.

---

(١) والبالُوعَةُ، والبَلُّوعَةُ: بِئر تحفر فِي وسط الدَّار ويضيق رَأسهَا يجرِي فِيهَا مَاء المَطَر. المحكم (٢/ ١٧٤)

والمراد بالمنفعة المقصودة منه: ما كانت غرضاً ذاتياً منه كالاغتسال من الحمام، والاستفراغ في البالوعة، والاستسقاء من البئر، وعلى هذا فقس غيرها، ولا عبرة ببطلان غير المقصود من سائر المنافع.

(لا شفعة فيها على أصح الوجهين)؛ بناءً على أن سبب ثبوت الشفعة فيما ينقسم لدفع ضرر مؤنات القسمة من أجرة القسام، والحاجة إلى إفراد الحصة الصائرة له بالمرافق كالمصاعد والرواشن والبالوعة ومجرى المياه إلى البركة والمستحم ونحوها، فإذا أمن من القسمة فوجب أن لا تثبت الشفعة إلا في المنقسم؛ لانتفاء الضرر في غيره.

والثاني: تثبت الشفعة فيما لا ينقسم أيضاً؛ بناءً على أن سبب ثبوت الشفعة دفعُ ضرر الشركة ومزاحمة الشريك فيما يدوم، وكل من ضرر القسمة والمزاحمة حاصل قبل البيع، فمن رغب من الشريكين في البيع فحقه أن يبيع نصيبه من صاحبه ليخلصه من الضررين، فإذا ترك ذلك الحقَّ وباعه من غيره أجاز الشرعُ تملكَه منه قهراً؛ جزاءً لترك الحق، ومبنى الوجهين قولان: جديدٌ وقديمٌ، فاعرفه.

***

شفعة الجوار

(وإنما تثبت الشفعة للشريك دون الجار)؛ لمفهوم ما روى البخاري عن جابر أنه ﷺ قال: «**الشُّفعَةَ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقسَم،**»[1]، ولا قسمة في غير المشترك.

ولا فرق بين أن يكون الجار ملاصقاً أو بعيداً، وما ورد من الأحاديث في الشفعة بلفظ الجار فهو محمول على الشريك؛ لأن الشريك جارٌ أيضاً؛ جمعاً بين الأحاديث وعملاً باليقين.

وخرج بقيد الشريك مالكُ المنفعة فإنه لا شفعة له.

(ولو باع داراً وله شريك في ممرها) التابع لها بأن كان الممر في سكة منسدة الأسفل **(فلا شفعة له)** للشريك **(بالممر في الدار)**؛ لأنه جارٌ للدار لا شريكٌ فيها، فهو كما لو

---

(١) صحيح البخاري، رقم (٢٢١٤) و (٢٢٥٧) و (٢٤٩٥) و (٢٤٩٦) و (٦٩٧٦).

باع شقصاً من عقار مشترك وعقار غير مشترك، فلا يستتبع أحدهما الآخر.

(**والأظهر**) من ثلاثة أوجه (**ثبوتها**) أي الشفعة للشريك (**في الممر إن كان للمشتري**) أي لمشتري الدار (**طريقٌ آخر إلى الدار، أو أمكن للمشتري فتح باب إلى شارع**)؛ لعدم الإضرار بأحد ودفع الضرر عن نفسه، (**وإلا**) أي وإن لم يكن للمشتري طريق آخر ولم يمكن فتح باب إلى شارع (**فلا تثبت**) الشفعة لشريك الممر؛ حذراً من الإضرار بالمشتري بأخذ الشفعة، فيدفع بها ضرر ويحصل آخر، فهو كالفرار من أُسيد إلى الأسد.

والثاني: تثبت الشفعة بكل حال؛ لأن المشتري ملتزم للضرر بشري مثل هذه الدار فهو المضِرُّ بنفسه.

والثالث: له الأخذ بالشفعة إن أجاز للمشتري المرور؛ جمعاً بين الحقين.

وقال الجويني: ويلحق بعدم الإمكان في طرد الخلاف ما كان في اتّخاذ الممرّ عسرٌ، أو مؤنةٌ لها وقع، واستخرجوا من ذلك وجهاً بعدم الثبوت فيما إذا كان في الفتح مشقة وإن أمكن، وهو الشقّ الأوّل، ووجهاً بأن الثبوت على الإتلاف مشقة.

وحيث قلنا بالثبوت فيعتبر كون الممر قابلاً للقسمة بناءً على الأصح السابق[1].

وأما الممرُّ إلى السكة النافذة فلا شفعة فيه بلا خلاف، ذكره المصنف في الشرحين والنووي في الروضة[2].

***

شروط الأخذ بالشفعة

(**فصل: الشقص الذي يأخذه الشفيع**) بالشفعة (**هو المملوك بالمعاوضة**) لا بالتبرع أو بالإرث والوصية؛ لما سنذكر في الفرع (**ملكاً لازماً**) لا كالبيع في المجلس قبل التخاير، والجعل قبل الفراغ (**متأخراً عن ملك الشفيع**) ليكون أحق منه بالأخذ؛ لحق السبق (**فلا يأخذ المملوكَ بالهبة**)؛ لأن الشفعة بيع قهريٌّ مبنيٌّ على أن يتملك الشقص بما

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٧٣).

(٢) العزيز ط العلمية (٥/ ٤٩٠)، وروضة الطالبين (٥/ ٧٢).

ملكـه المأخـوذ منـه ولم يأخـذ هـو شيئاً، ولأنـه تقلـد منـة الواهـب فبتسـلط الشـفيع يبطـل تقلـد المنـة، ولا اسـتحقاق لـه في ذلـك (**والإرث**)؛ لأن الـوارث غـير قـادم لمزاحمـة الشـفيع بالإختيـار ليكـون للشـفيع حـق الـرد، بـل ملكـه إضطـراري فـلا وجـه للتملـك عليـه قهـراً، مـع عـدم مـا يؤخـذ بـه مـن العـوض (**والوصيـة**) هـي كالهبـة منعـاً وتعليـلاً.

(**ويؤخـذ المبيعُ**) بالشـفعة؛ لأنـه معتـاض بالثمـن، والمشـتري قـادم عـلى الإضرار بالشريـك بالمزاحمـة، فيسـلط عـلى رده قهـراً؛ دفعـاً للـضرر.

والهبـة بـشرط الثـواب المعلـوم حكمهـا حكـم البيـع في جـواز الشـفعة؛ نظـراً إلى الإعتيـاض وإقدامـه إلى الـضرر ببـذل الثـواب.

(**والمهـورُ**) أي الشـقص الـذي جعـل مهـراً أو متعـةً فأخـذه الشـفيع بمهـر المثل في المهـور وبقيمتـه في المتعـة، وقيـل: بثلاثـين درهمـاً.

(**وعوضُ الخلعِ**)؛ لإمكانه الأخذ بمهر المثل مع استحقاقه؛ لإقدام المختلع على الضرر.

(**والصلـحِ عـن الـدم**) بـأن اصطلـح وارث القتيـل عـلى شـقص مـع الجـاني، فللشريـك أن يبـذل بـدل الـدم للـوارث ويأخـذ الشـقص بالشـفعة، وذلـك إمـا عـلى القـول المرجـوح في جـواز الصلـح عـن إبـل الديـة أو عـلى تقديـر كـون الجنايـة عمـداً محضـاً، وإلاّ فـلا يجـوز الصلـح عـن إبـل الديـة إذا ثبـت موجبهـا وهـو الخطـأ؛ للجهـل بصفاتهـا، وحيـث يجـوز الأخـذ فهـو بالديـة عـلى الأصـح.

(**والنجـومِ**) أي: وعـوض النجـوم، بـأن كان المكاتـب شريـكا لإنسـان في أرض، بـأن اشـترياها معـاً ثـمّ بـذل المكاتـب نصيبـه منهـا لسـيّده عوضـاً عـن نجومـه، فلشريكـه الأخـذ بالشـفعة عـن سـيّده بـما سـمّى مـن النجـوم قليـلاً كان أو كثـيراً.

وفي الكتـاب نـوعُ مؤاخـذة؛ مـن حيـث أنَّ الاعتيـاض عـن نجـوم الكتابـة لا يصـحّ عـلى الأصـحّ في الشرحـين والروضـة، وبـه قـال أكثـر المراوزة، وقـد التـزم في الديباجـة أن ينـصّ عـلى مـا رجّحـه الأكثـرون[1]، اللهـمّ إلاّ أن يقـال: لمّـا كان الوجـه القائـل بالجـواز موافقـا

---

(١) مراده بالديباجة مقدمة المحرر، قال فيها: "ناصٌّ على ما رجَّحه المعظمُ من الوجوه والأقاويل".

لنصّ الشافعيّ اعتبره باجتهاد جديد؛ ظنّا منه أنّ الحقّ للجمهور القولُ بذلك، وإنّما ذهلوا عنه[١].

(ويأخذ ما) أي: شقصاً **(جُعل أجرة)** أو **جُعل** رأس مال السلم؛ لجواز الاعتياض عنهما، وإمكان الأخذ ببذل العوض.

***

حكم الشفعة في زمن الخيار

(وإذا شرط في البيع الخيار للبائع وحده) هذا تفريع على قيد اللزوم في ضبط الشقص المبيع بالشفعة **(لم يأخذ الشقص حتى ينقطع الخيار)** بالتخاير أو بمرور المدة؛ لأن في ثبوت الشفعة للشريك إبطالاً لحق خيار البائع، ولا يجوز إبطال حق لإثبات حق، مع أن الملك لم ينتقل إلى المشتري والأخذ إنما هو منه، نعم، لو أجاز البائع الأخذ جاز؛ لأن إجازته تخايرٌ.

(وإن شرط الخيار للمشتري وحده فالأصح) من الوجهين **(أنه يؤخذ بالشفعة)** إن قلنا: إن الملك للمشتري، وهو قولنا: "الملك يدور مع الخيار؛ لأنه صائر إلى اللزوم ولا حق فيه لغير المشتري"، وإن كان للشفيع أن يتسلط عليه بعد اللزوم فقبله أولى.

والثاني: لا يؤخذ؛ إذ المشتري لم يرضَ بلزوم العقد بعد، وفي الأخذ إلزام للعقد عليه ففيه إبطال لحقه مع أن ملكه غير لازم.

فعلى الأول إن أراد المشتري الرد وأراد الشفيع أن يأخذه بالشفعة فله منعه من الرد والأخذ بالشفعة، وعلى الثاني، له الرد ولا منع.

(وإن قلنا) إن الملك فيما إذا كان الخيار للمشتري **للبائع (أو)** الملك **(موقوف)** وهو قولنا:" الملك في زمن الخيار للبائع مطلقاً سواء كان الخيار له أو للمشتري"، وقولنا: الملك موقوف، وهذان القولان مرجوحان **(فلا يؤخذ)** بالشفعة؛ لعدم تحقق زوال ملك البائع؛ لإمكان الفسخ من المشتري لأن الخيار له.

---

(١) العزيز ط العلمية (١٣/ ٤٧٨)، وروضة الطالبين (١٢/ ٢٤٥).

والثاني: يؤخذ؛ لأن سلطنة البائع قد انقطع عنه؛ لأن العقد لازم من جهته وفسخ المشتري احتمال عقلي.

(**ولو وجد المشتري بالشقص**) المبيع (**عيباً**) قديماً (**وأراد ردَّه**) أي رد الشقص بالعيب القديم وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة ويرضى بالعيب (**فأرجحُ القولين أو الوجهين**) شكٌّ منه ﷺ في حكاية الخلاف؛ فإنه حكاه المراوزة قولين والعراقيون وجهين، ولم يتحقق عنده الصحة، لكن قال النووي وتابعوه: إن الخلاف قولان، ولهذا عبر عنهما في الروضة والمنهاج بالأظهر[1]- وليس في بعض النسخ ذكر الوجهين، وهو حذف من الناسخ لا من الأصل - (**أن الشفيع أولى أن يُجاب**)؛ تحصيلاً للغرضين؛ لأن غرض المشتري بالرد استرداد الثمن دفعاً للغبن، وهذا كما يكون من البائع يكون من الشفيع؛ لأنه يدفع إليه مثلَ الثمن أو قيمته، وغرضُ الشفيع دفع مزاحمة الغير، ففي الأخذ تحصيل الغرضين، وفي الرد إنما يحصل غرض المشتري فقط مع أن حق الشفيع سابق؛ لثبوته بمجرد العقد.

والثاني: أن المشتري أولى أن يجاب؛ لعدم استقرار العقد وسلامته عن الرد فهو غير لازم بعد.

وردَّ بما ذكرنا من تحصيل الغرضين[2].

(**ولو اشترى اثنان داراً**) هذا تفريع على قيد تأخر الملك في الضبط، أو شقصاً من دار، (**فلا شفعة لأحدهما على الآخر**)؛ لحصول الملك لهما في وقت واحد، ولم يتأخر ملك أحدهما ليكون المتقدم أولى لحق السبق.

ولو كان المشتري شريكاً في الدار بأن كان الدار بين ثلاثة أثلاثاً فباع أحدهما نصيبه من أحد صاحبيه، هذا أولى ما يمكن التمثيل به من مراتب التمثيل فمثل به الأئمة فتبعناه (**فأصح الوجهين أن الشريك الآخر**) الذي لم يكن مشترياً (**لا يأخذ جميع المبيع**) الذي هو ثلث الدار الذي اشتراه الشريك الآخر (**بل يتشاركان**) أي الشريك المشتري

---

(١) الروضة (٥/ ٧٥)، والمنهاج (ص: ١٥١)، والأظهر عند النووي من القولين لا من الوجهين.

(٢) في المسألة نفسها على الأرجح من القولين.

والشريك الآخر (**فيه**) أي في المبيع، فيأخذ السدس فيها مثل ويترك سدسه للمشتري؛ لاستوائهما في الشركة.

والثاني: أنه يأخذ كل المبيع ولا حق للمشتري فيه؛ لأن الشفعة حق على المشتري، ولا يستحق الشخص على نفسه؛ لإفضائه إلى أخذ الشفعة من نفسه وهو محال.

ورد بأن ذلك؛ لاستقرار الملك على المشتري، لا لأخذ الشفعة عن نفسه.

تكملة: لو أصدق امرأةً شقصاً ثم طلقها قبل الدخول فأراد الزوج الرجوع في نصف الشقص وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة بنصف مهر المثل فمن المجاب منهما؟ فيه طريقان: **أحدهما**: طرد الخلاف فيما إذا أراد المشتري الرد بالعيب وجاء الشفيع يريد أخذه، وقد مر.

والطريق الثاني: ثبوت الشفعة والشفيع يمنع الزوج من الرجوع قطعاً، بخلاف ما لو وجد البائع في عوض الشقص عيباً وأراد رد العوض واسترداد الشقص لا يجوز للشفيع منعه لإبطال حق البائع.

[شروط التملك بالشفعة]

(**فصل: لا يُشترط في التملك بالشفعة حكمُ الحاكم**) كسائر التملكات؛ لثبوتها شرعاً واتفاق الناس عليها.

وقيل: يشترط؛ لأنه بيع قهري واقع على خلاف القياس فلابد فيها من حكم الحاكم كفسخ النكاح بالعنة وسائر العيوب.

(**ولا إحضارُ الثمن**)؛ لأن العقود لا تقتضي حضور العوض إلا في الربويات والسلم وليس هناك شيء منهما، والمراد **بالثمن**: ما يدفعه الشفيع إلى المشتري عوضاً لثمنه.

وقيل: يشترط؛ مبادرةً إلى الأخذ.

(**ولا حضورُ المشتري**) المأخوذ منه؛ لأنه تملك قهري لا يشترط فيه رضاه، ولا يشترط حضوره أيضاً كالرد بالعيب.

(**ولا بد من لفظ من الشفيع**) كسائر العقود؛ لأن الألفاظ دوالّ الضمائر، بها يعلم الرضاء والسخط، والمنع والإجازة.

وإشارة الأخرس في ذلك كعبارة الناطق.

(كقوله) أي قول الشفيع: **(تملكت)** الشقص **(أو أخذت)** الشقص **(بالشفعة)** قيد في كلا اللفظين.

(ولا يكفي لفظ التملك) والأخذ أيضاً كما أسلكهما الجلالي في مسلك واحد[1] **(بل يعتبر)** أي يشترط مع ذلك اللفظ أمرٌ من هذه الأمور: **(إما تسليمُ العوض)** إلى المشتري **(فإذا سلَّمه)** إلى المشتري وقبله **(أو ألزمه القاضي التسلُّمَ)** أي ألزم القاضي المشتريَ التسلمَ، أي: قبض العوض من الشفيع فقبَضه، وزاد في الروضة: أو قبض عنه القاضي عند امتناعه، فإذاً **(ملك الشفيع الشقص)**؛ لأن الشفيع يكون مشترياً والمشتري بائعاً، إلا أن الشفيع مخير في الترك والأخذ والمشتري مجبور به، ولا يضر جبره للضرورة، فإذا حصل الطلب من الشفيع والفعل من الآخر طوعاً أو كرهاً انعقد البيع وملك كل منهما العوضين.

وسكت المصنف عن جانب المشتري؛ لأن المقصود هنا الشفعة.

(وإما رضاءُ المشتري بكون العوض في ذمته) أي: في ذمة الشفيع الذي هو بمنزلة المشتري إن لم يكن حاضراً؛ لأن المشتري غير مجبور إلا بإعطاء الشقص **(وإما قضاء القاضي له بالشفعة إذا حضر الشفيع مجلسه وأثبت حقه)** وهو كونه شريكاً للبائع متأخراً ملك المشتري عن ملكه طالباً للشفعة على الفور **(فيملك به)** أي: بقضاء القاضي **(الشقصَ في أصح الوجهين)**؛ لأنه إذا طلب حقه وأثبته عند القاضي فهو مختار للتملك فيتأكد اختياره بحكم القاضي فيتملك به، ولأن رضاء المشتري وحضوره لا يشترط، فيكفي من جانبه حكم القاضي.

والثاني: لا يملك بحكم القاضي ما لم يقبض المشتري العوض أو رضي بتأخيره عند الشفيع؛ إذ لا يجب على المشتري في ما سوى الشقص فلا بد مما سواه من رضاه تحقيقاً لمعنى العقد.

---

(١) الذي في شرح المنهاج بحاشيتي قليوبي وعميرة (٣/٤٦) الذي يسميه الشارح الجلالي: "بَل يُوجَدُ التَّمَلُّكُ بِهَا مَعَ كُلٍّ مِمَّا ذُكِرَ وَمَعَ غَيرِهِ كَمَا سَيَأتِي"، والظاهر أنّ قصده بها سيأتي لفظ تملكت وأخذت.

ثم على لفظ الكتاب مؤاخذة وهي: إيهام التناقض فيه، حيث قال: لا يشترط في التملك حكم الحاكم ولا إحضار الثمن...إلخ، ثم عدها من الشرائط حيث قال: بل يعتبر مع ذلك ... إلى قوله: وإما قضاء القاضي، نفى اشتراط هذه الأمور أولاً ثم نص على اشتراطها، **وأجاب عنه ابن الرفعة في المطلب الأعلى وابن الملقن في العجالة**: أن مجموع ذلك لا يشترط، كما يدل عليه تفصيله بإمّا وإمّا.

قال الإسنوي: وهذا لا يستقيم؛ لأن تكرار لا النافية ينافي ذلك، بل الأولى أن يقال: كل واحد بخصوصه لا يشترط، وارتضى ذلك وليُّ الدين العراقيُّ[١].

ويمكن توجيه ما قالا بجعل لا النافية زائدةً كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا ٱلضَّآلِّينَ﴾[٢].

[حكم تملك شق لم يره بالشفعة]

(وأظهر الطريقين أن تملك الشفيع الشقص الذي لم يره على الخلاف في شري الغائب): فيبطل على الأصح ويصحُّ على الثاني وله الخيار إذا رآه؛ لأن الشفعة في الحقيقة بيع فيجري فيه ما يجري في سائر البيوع.

(والطريق الثاني المنع بكل حال) سواء حكمنا ببطلان بيع الغائب أو بصحته؛ لأن الشفعة بيع قهري لا يناسب إثبات الخيار فيه، بخلال البيع؛ فإنه يجري بالتراضي فيناسب الخيار.

وعلى الطريقين لا يجوز للمشتري أن يمنع الشفيع من رؤية الشقص، ولا يبطل حق الشفيع بالتأخير إلى الرؤية إذا تفاوه بالطلب عند الناس أو الحاكم.

***

---

(١) تحرير الفتاوى (٢/ ٢١٩)، والمهمات (٦/ ٨٢).

(٢) في (وَلَا الضَّالِّينَ) : (لَا) زَائِدَةٌ عِندَ البَصرِيِّينَ لِلتَّوكِيدِ، وَعِندَ الكُوفِيِّينَ هِيَ بِمَعنَى غَيرَ، كَمَا قَالُوا: جِئتُ بِلَا شَيءٍ، فَأَدخَلُوا عَلَيهَا حَرفَ الجَرِّ، فَيَكُونُ لَهَا حُكمُ غَيرَ. التبيان في إعراب القرآن، المؤلف : أبو البقاء عبد الله بن الحسين بن عبد الله العكبري (المتوفى : ٦١٦هـ)، المحقق : علي محمد البجاوي، الناشر : عيسى البابي الحلبي وشركاه: (١/ ١٠)

بماذا يأخذ الشفيع الشقص؟

(**فصل: إذا بيع الشقص بمثلي**) كالنقد المضروب أو الحبوب أو التمر أو الزبيب (**أخذه الشفيع بمثله**)؛ لأنه بمنزلة غرامة المتلفات، ولا يساغ في المثلي فيها إلا بالمثل؛ لأنه أقرب إلى حقه وأعدل في الضبط لا يجري فيه تخمين.

فإن تراضيا على قيمة المثل جاز على الأصح، وقيل: لا يجوز؛ لأنه عدولٌ عن الأعدل.

(**وإن بيع**) الشقص (**بمتقوم**) كالثياب والعبيد وسائر الحيوانات (**فبقيمته**) أي بقيمة ذلك المتقوم بالغة ما بلغت؛ لأنه المتعارف في غرامة المتقومات.

ولو تراضيا على المثل الصوري وقنعا بتفاوت الصفات جاز؛ لجواز ذلك في الشرع في الجملة، وقيل: لا يجوز؛ لأنه عدول عن المتعارف.

(**وتعتبر قيمة يوم البيع أو قيمة يوم استقراره؟**) أي: استقرار المبيع من قطاع الخيار فيه (**وجهان: أصحهما: الأول**) أي يعتبر قيمة يوم البيع؛ لأنه اليوم الذي يتسلط الشفيع فيه على الأخذ ويثبت فيه العوض.

والثاني: يعتبر يوم انقطاع الخيار؛ لأنه اليوم الذي يستقر فيه ملك المشتري وينقطع تعلله في الأخذ.

والمراد باليوم الوقت، حتى لو كان البيع في الضحوة ووقع تفاوت بين قيمة العوض فيها وبين قيمته في العصر فالاعتبار بقيمة الضحوة.

(**ولو باع**) الشريك الشقص (**بثمن مؤجل**) قائلاً: بعتك إلى شهر، (**فالأصح**) من الأقوال الثلاثة (**أن الشفيع بالخيار بين أن يعجّل**) أي يعجل الثمن (**ويأخذ الشقص بالشفعة في الحال**) ولا يصبر إلى الحلول (**وبين أن يصبر إلى الحلول فيبذل فيأخذ**)؛ لأن للمشتري أن يعجّل المؤجل وأن يصبر إلى الحلول، والشفيع نازل منزل المشتري فله ذلك أيضاً، ولا يبطل حقه بالتأخير إذا أعلم المشتري بذلك، ينبهه على ذلك ليكون على بصيرة من الأمر.

هكذا قال صاحب الجامع[(١)]، وسكت الأكثرون عن قيد الإعلام والتنبيه واقتصروا على جواز التأخير له، والظاهر أن إطلاقهم محمول على ما ذكره في الجامع، وليس له الأخذ في الحال بثمن مؤجل.

والثاني: له أن يأخذ في الحال بثمن مؤجل؛ لأنه نازل منزلة المشتري، والمشتري كذلك يفعل[(٢)].

والجواب: أن المشتري إنما يفعل ذلك برضاء البائع واتفاقهما عليه، وهنا قد صار المشتري بائعاً والشفيع مشترياً وليس بينهما تراضٍ على ذلك، وليس مما يجبر عليه.

والثالث: يأخذه بسلعة تساوي الثمن إلى أجله.

ولو مات الشفيع فالوارث بالخيرة أيضاً، **وقيل**: لا يجوز للوارث التأخير قطعاً.

ولو مات المشتري وحل عليه الثمن فهل يعجل الأخذ على الشفيع أم له الخيرة بين التعجيل والتأخير إلى الحلول؟ فيه وجهان:

أحدهما: يعجل عليه الأخذ؛ لأن الأخذ مرتب على ذلك العقد، وقد حل الثمن فيه فيعجل حقه أيضاً، فعلى هذا فلو أخر بطل حقه.

والثاني: لا يعجل عليه الأخذ بل له الخيرة، إن شاء أخذ في الحال وإن شاء أخّر إلى الحلول، كالأصيل والضامن إذا حل على أحدهما الدين بالموت لم يحل على الآخر.

وهذا الوجه هو الذي اختاره المصنف والنووي[(٣)].

(ولو بيع الشقص مع عرض صفقة واحدة وزع الثمن) المأخوذ في مقابلتهما **(عليهما)** أي على **الشقص** والعرض باعتبار قيمتهما يوم البيع او يوم انقطاع الخيار على الخلاف،

---

(١) صاحب الجامع: هو القاضي أبو حامد، أحمد بن بشر بن عامر العامري، المروزُّذي، بميم مفتوحة، ثم راء ساكنة، ثم واو مفتوحة، ثم راء مضمومة مشدّدة (وقد تخفف) ثم ذال معجمة مكسورة نسبة إلى مرو الروذ، وقد يقال: المرُّوذي بضم الراء الأولى وتشديدها، وحذف الراء الثانية. صنف الجامع في المذهب، واشتهر به فيقال: صاحب الجامع، وشرح مختصر المزني، (ت ٣٦٢هـ). ينظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٢/ ٨٢)، سير أعلام النبلاء (١٢/ ٢٣٣ ، ٢٤٥).

(٢) العزيز ط العلمية (٥/ ٥٠٩).

(٣) العزيز ط العلمية (٥/ ٥٠٩)، وروضة الطالبين (٥/ ٨٨).

فيقوّم الشقص وحده ثم العرض كذلك وأذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن، فإذا كان مجموع الثمن مائتين وقيمة الشقص ثمانين وكان قيمة العرض المضموم إليه عشرين أخذ الشفيع الشقص بأربعة أخماس الثمن؛ لأن الساقط في مقابلة العرض إنما هو خمس الثمن، ولا خيار للمشتري بتفريق الصفقة عليه؛ لدخوله فيها عالماً بالحال.

ولا تظنّن أن الشفيع يأخذ الشقص بحصته من القيمة ناظراً إلى عبارة المنهاج وغيره؛ فإنه إمّا سهو من النساخ، أو المراد بالقيمة الثمن مجازاً.

والفائدة في ذلك قد تعود إلى الشفيع وقد تعود إلى المشتري:

مثال الأول: إذا اشترى شقصاً قيمته ألف وفرساً قيمته خمسمائة بثلاثمائة أخذ الشفيع الشقص بثلثي الثمن وهو مائتان، ولو كان الأخذ بالقيمة لكان الواجب عليه الألف؛ لأنه ثلثا القيمة في مثالنا.

ومثال الثاني: لو اشترى شقصاً قيمته مائتان وفرساً قيمته مائة بألف وخمسمائة فيأخذ الشفيع الشقص بالألف؛ لأنه ثلثا الثمن، ولو كان الأخذ بالقيمة لكان الواجب على الشفيع مائتين؛ لأن ثلثي القيمة مائتان.

(والمهور) أي الشقص الذي جُعل مهراً **(يؤخذ بمهر المثل)**؛ لأنَّ المهر في البُضع بمنزلة الثمن في غيره؛ لأن البضع متقوّم، وقيمته مهر المثل، فيُنزّل منزلة سائر الأموال في الأخذ بما يقابله، والاعتبار بمهر المثل يوم النكاح.

(وكذا عوض الخلع) يؤخذ بمهر المثل، لأن خالع امرأة على شقص فيأخذ الشفيع الشقص بمهر المثل أيضاً؛ لأن الخلع تفويت البُضع، والاعتبار بيوم الخلع.

وعن المزني والعبادي الأخذ بقيمة الشقص في المهور وعوض الخلع؛ إذ قد يكون الشقص المسمى عشراً لمهر المثل مثلاً، وقد يكون مهر المثل عشر الشقص المسمى، فيغبن أحدهما غبناً شنيعاً.

(ولو اشتُري) روي عن بناء المفعول **(بكفٍّ من الدراهم لا يُعرف وزنها أو عددها إذا كانت متساوية الأوزان والسكة)** وهذا مبني على ما يقال: إذا كان العوض معيناً كفت

معاينته ولم يُشترط معرفة قدره، (**وهلكت**) عند البائع (**تعذر الأخذ بالشفعة**)؛ للجهل بالثمن، والأخذ بالمجهول محال.

(**فإن عيّن الشفيع قدراً**) قائلاً: "إنك اشتريت بمائة" (**وقال المشتري**) في جوابه منكراً له: (**"لم يكن الدراهم معلوم القدر" حلف المشتري على نفي العلم**) بهذا القدر، أي يحلف على أنه لا يعلم ذلك؛ لأنه يحتمل أن يعلم وكان إنكاره لدفع الأخذ، وربما يقر به عند عرض اليمين عليه، فإن حلف مرة فللشفيع أن يزيد على قدر الأول ويدعي ثانياً، فإن حلف يزيد ثالثاً ويدّعي، وهذا إلى أن يعترف بما يقول أو ينكل فيحلف الشفيع ويأخذ.

(**ولو ادّعى**) الشفيع (**علم المشتري**) قائلاً: "إن المشتري يعلم قدر الثمن ولا يُظهر خوفاً من الأخذ" (**ولم يعيّن**[1] **قدراً لم يُسمع دعواه في أظهر الوجهين**)؛ لأنه لم يعيّن مقاله، ولا حلف على المجهول كما لا يحلف المدعى عليه المجهول بأن قال: سرق هؤلاء متاعي، نقل البغوي نص الشافعي عليه في الأم.

والثاني: يسمع دعواه؛ لأن قوله: «يعلم قدره» تعيين للحق، فإن حلف المشتري انقطع دعواه، ولا يتكرر كما في صورة التعيين؛ لعدم تكرر الموجب.

وإن نكل حلف الشفيع على العلم، فإن أقر المشتري بعد الحلف فذاك، وإلا حُبس إلى أن يعترف ويبيّن قدره.

وإن لم يتلف الثمن المجهول عدَّ وضُبط وأخَذ الشفيع بقدره، فإن كان الثمن المجهول غائباً لم يكن للشفيع أن يكلّف البائع بإحضاره ولا بالإخبار عنه.

وقال الصيمري: فيما إذا عيّن الشفيع قدراً لا يقتنع بالحلف على نفي العلم كما لو ادعى ألفاً على إنسان، فقال في الجواب: "لا أعرف قدره ولم أعرف كم لك عليّ"، فإنه لا يقتنع بذلك، وسبيله أن يُحبس إلى الاعتراف أو التراضي بما عيّن الشفيع.

(**وإذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص**) المبيع (**فإن كان معيناً**) أي جرى البيع

---

(١) أي: الشفيع. منه.

على عينه بأن قال: بعتك هذا الشقص بهذا (**بطل البيع**) نقداً كان الثمن أو عرضاً؛ لعدم انعقاد البيع على الحرام (**والشفعة**)؛ لترتبها على البيع؛ لأنها فرعه، ويردُّ الشفيعُ الشقصَ إن أخَذَه.

وعن أبي علي: إن كان المستحق نقداً لا يبطل البيع؛ بناءً على أن النقود لا تتعين بالتعيين؛ لأنها موضوعة للتقويم بها، فهو كما لو اشترى في الذمة، وتابع في ذلك أبا حنيفة رحمه الله، انتهى[1].

ولو خرج بعض الثمن مستحقاً دون البعض ففي الباقي قولا تفريق الصفقة.

وإن كان الثمن في الذمة ودفع المستحق عما في الذمة بأن قال: بعتك هذا الشقص بمائة دراهم فجاء المشتري بدراهم أو عرض وأدى عنها (**أبدَل**[2] **هذا المستحقَّ بحلال وهما**) البيع والشفعة (**بحالهما**)؛ إذ لا مانع من الصحة.

(**وإن ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع**) أي فيما دفع الشفيع إلى المشتري (**فإن كان جاهلاً**) بكون المدفوع مستحقاً بأن اشتبه عليه بماله (**لم تبطل شفعته**)؛ لأنه معذور في الاشتباه، فعليه إبداله ودفع المستحق إلى مالكه.

وإن أنكر المشتري استحقاقه فالقول قول الشفيع بيمينه، فإن نكل حلف المشتري ويبقى المدفوع له ويغرم الشفيع مثله أو قيمته لمالكه.

(**وإن كان**) الشفيع (**عالماً بالحال فكذلك**) لا تبطل شفعته (**في أظهر الوجهين**)؛ لأنه لا يتعين للشفعة مالٌ حتى يكون العدول منه تقصيراً، وهو غير مقصر في الطلب.

والثاني: تبطل الشفعة؛ تنزيلاً لدفع ما لا يملك به منزلة الترك للشفعة؛ لعلمه بأن دفعه كان باطلاً.

ثم إطلاقُ الكتاب يقتضي أن لا فرق بين كون الثمن معيناً، بأن قال: تملكت الشقص بهذه الدراهم، أو غير معين، بأن قال: " تملكت بعشرة دنانير " ثم أدى

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ١٣٨)، والعزيز ط العلمية (٥/ ٥١٧)، والمبسوط للسرخسي (١٤/ ٦٥).
(٢) أي أبدل المشتري الثمن المستحق بثمن حلال وسلّمه البائع بدل المستحق. منه.

المستحق عنها، وهذا المقتضى طريقُ العراقيين؛ فإنهم لا يفرقون بين الحالين في طرد الخلاف، لكن الأصح في الروضة أن الخلاف في الثمن المعين، وأما في غير المعين فلا يبطل بلا خلاف[1]، وهذا هو المتّجه، فليحمل عليه إطلاق الكتاب؛ اكتفاءً بتفصيله في ثمن المشتري.

***

حكم تصرفات المشتري في المشفوع

(**فصل: تصرفات المشتري**) في الشقص كالبيع والوقف والهبة والإجارة (**صحيحةٌ**)؛ لأنها واقعة في ملكه ولا مانع منه، وللشفيع نقض ما لا يثبت فيه الشفعة كالوقف والهبة وجعل البقعة مسجداً وأخذه بالشفعة من المشتري؛ لأن في تركه تفويتاً لحق الشفعة الثابت شرعاً لدفع الضرر.

(**ويتخير الشفيع فيما تثبت الشفعة فيه كالبيع**) والصداق والهبة مع ثواب (**بين أن يأخذ بالبيع الأول وينقض الثاني وبين أن يأخذ بالثاني من المشتري الثاني**) إذ قد يكون أحد العقدين أسهل عليه بالأخذ؛ لكون العوض أقل أو أكثر وجوداً.

ولا يجوز للمشتري الثاني منعه من نقض البيع الأول أو الثاني؛ لأنه حقه وحق الشفيع سابق.

وإن كان تصرف المشتري في الشقص بالبناء أو الغراس فيتخير الشفيع بين أن يتملك ذلك بقيمته مع الشقص، وبين أن يقلع ويضمن تفاوت ما بين البناء والغراس قائمين وبينهما مقلوعين، وبين أن يبقيهما بالأجرة.

(**ولو اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن**) فيستزيده المشتري ويستقله الشفيع، كمائة ومائتين (**فالقول قولُ المشتري**)؛ لأنه المباشر للعقد، ولأن الأصل بقاء حق المشتري وعدم الانتزاع منه، فلابد أن يكون مزيل حقه متيقناً، فإن حلف المشتري أخذ الشفيع بما حلف عليه إن شاء، وإن نكل حلف الشفيع ويأخذ بما حلف عليه.

---

(١) بحر المذهب للروياني (٧/ ٦٠)، وروضة الطالبين (٥/ ٩٣).

ولو كان لأحدهما بيّنة قضي بها؛ لأنها حجة قوية.

وإن كان لهما بيّنة فقد قيل: بيّنة المشتري راجحة؛ لأنها بمنزلة بيّنة الداخل، وقيل: يتساقطان؛ لأن المدعى فيما وقع عليه العقد فلا دخل لليد فيه.

(وكذا لو أنكر) المشتري **(كون الطالب شريكاً)** لبائع الشقص؛ إذ الأصل عدم الشركة، فلا يزال إلا بحجة قوية، فيحلف على نفي العلم بالشركة ولا يحلف على البت بنفيها، **(أو أنكر)** المشتري **(أصل الشري)** بأن قال: ما اشتريته بل اتهبته بلا ثواب، أو وقع لي إرثاً أو وصيةً، فإن نكل حلف الطالب على أنه شريك البائع، وحصول الشقص في يد المشفوع عنه بالشري، ثم يأخذ بالشفعة على ما يستقر عليه المشترى.

(فإن اعترف الشريك) أي شريك الشفيع **(بالبيع فأظهر الوجهين ثبوت الشفعة للشريك الآخر)** وإن كان المشتري ينكره؛ لأن بإقراره يثبت حق للمشتري، وإذا ثبت حق الشري ثبت حق الشفعة، وحق الشفعة لا يبطل بإنكار المشتري؛ لأنه يدفع عن نفسه حق الشفعة.

والثاني: لا يثبت؛ نظراً إلى إنكار المشتري الشري، والأصل بقاء حقه، وهو عدم الانتزاع منه.

(ويسلم الشفيع الثمن إلى البائع) الذي هو شريكه **(إن لم يعترف)** بقبض الثمن أيضاً، ولا يشترط حينئذٍ إذن المشتري؛ لأنه منكرٌ للشريك، فيُدفع الثمن إلى البائع، فإن كان الشقص في يده خلّي بينه وبين الشفيع، وإن كان في يد المشفوع عنه فينتزع منه قهراً إلا إذا قامت البيّنه على مقتضى إنكاره.

(وإن اعترف به) أي بقبض الثمن أيضاً كما اعترف بالبيع وكان المشفوع عنه لا يأخذ الثمن من الشفيع **(فيترك الثمن في يد الشفيع، أو يأخذ القاضي من الشفيع ويحفظه)** إلى أن يرجع المشفوع عنه عن إنكاره إن قبلنا رجوعه؟ **(فيه خلاف سبق في الإقرار نظيره)** فيما إذا كذّب المقَرُّ له المقَرَّ في المقَرِّ به، أنه يترك في يده.

ومقتضى هذا الإطلاق أن الشقص يكون ملكاً للشفيع ويتسلط على التصرف في الشقص.

لكن قال ابن الرفعة: هذا يخالف ما قالوا: من توقف التصرف على تسليم الثمن؛ لأن له حق الحبس، ثم قال: هذا هو الظاهر. انتهى[1].

ولو باع شقصاً فأُخذ بالشفعة قبل قبض الثمن ثم دفع الثمن إلى البائع فإن دفع بإذن المشتري حصل التّقاصّ، أي برئ الشفيع من حق المشتري والمشتري من حق البائع، وإن دفع إليه بغير إذنه برئ المشتري من حق البائع؛ لأن البائع إنما أخذه عمّا له على المشتري، ولا يبرأ الدافع عن حق المشتري؛ لأنه لم يأذنه في ذلك، ويغرم للمشتري، ولا يرجع على البائع إلا إذا قال وقت الأداء: إنما أدفع إليك هذا لأتملك الشقص بالشفعة فيرجع عليه ليعلم البائع بكون الشفيع ليس مشترياً منه بالاستقلال، بل يؤدي إليه من جهة المشتري.

***

كيف يؤخذ حقُّ الشفعة

(فصل: المستحقون للشفعة يأخذون على قدر الحصص عند تفاوتها أو على عدد الرؤوس) تفاوتت حصصهم أو تساوت؟ **(فيه قولان: أصحهما الأول)** أي يأخذون على قدر حصصهم؛ لأن الشفعة حق لا يستحقه الشفيع إلا بالملك فيتفاوت بتفاوت الملك كسائر ما يكون من فوائد الملك ونتائجه، وهذا ماختاره المراوزة، وهو مذهب مالك[2].

والثاني: يأخذون على عدد الرؤوس؛ لأن سبب الشفعة أصل الشركة وهم فيه سواء، ألا يُرى أن الشريك الواحد يأخذ الكل وإن قلّ نصيبه؟ فلو لم يكن كذلك لما أخذ إلا

---

(١) لم نجده في كفاية النبيه، ولم نحصل على المطلب العالي.

(٢) ينظر: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، حققه: د محمد حجي وآخرون، الطبعة: الثانية، (١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م) - دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان: (١٨/ ٨٢)، و المُقدمَات الممهدَات لبَيَان مَا اقتضتهُ رسوم المُدَوَّنَة من الأَحكَام الشرعيَّات وَالتحصيلات المحكمَات لأمهات مسَائِلها المشكلاَت، له أيضا، تَحقِيق الدكتور مُحَمَّد حجي - دَار الغرب الإسلامي (٣/ ٦٧).

قدر نصيبه، وهذا ما اختاره المزني، وهو مذهب أبي حنيفة[1].

فإذا اشتركوا في عقار واحد في النصف وواحد في الثلث، وواحد في السدس، فباع صاحب النصف نصيبه فعلى الأول يأخذ الشريك بالثلث ثلثيه، والشريك بالسدس ثلثه، وعلى الثاني يأخذ كل منهما نصفه.

وإذا باع أحد الشريكين في عقار نصف نصيبه من إنسان ثم النصف الآخر من إنسان آخر بأن كان العقار بين الشريكين مناصفة فباع أحدهما نصف نصيبه وهو ربع الجميع من إنسان ثم الباقيَ من إنسان آخر فالشفعة في النصف الأول الذي باعه أولاً من إنسان يختص بالشريك القديم؛ إذ لا شركة لأحد معه إلا لبائع النصف الذي هو ربع الجميع، والبائع لا يأخذ ما باعه بالشفعة.

(**والأظهر**) من الوجوه الثلاثة (**أن المشتري الأول يشاركه**) أي الشريك القديم (**في النصف الآخر الذي باعه بعد الأول إن عفا الشريك القديم**) عن المشتري الأول؛ لصيرورته حينئذٍ شريكاً، (**ولا يشاركه**[2] **إن لم يعفُ**)؛ لأنه يأخذ منه، وبعدم العفو خرج عن كونه شريكاً، فهو كالجار.

والثاني: يشاركه فيه عفا أو لم يعفُ؛ لأنه كان مالكاً حالة بيعه.

والثالث: لا يشاركه فيه عفا أو لم يعفُ؛ لأن ملكه متزلزل؛ لتسلط الآخر عليه.

وظاهر العبارة يقتضي أن كل واحد من العفو والأخذ بعد البيع الثاني، فيؤخذ منه أنه إن عفا قبله ثبتت المشاركة بلا خلاف، وإن أخذ قبله إنتفت المشاركة بلا خلاف، صرّح بما فهمنا منه ابن الملقن وصاحب الكفاية[3].

(**والأصح**) من الوجوه الأربعة (**أنه إذا عفا أحد الشفيعين عن حقه سقط حقه ويتخيّر الشريك الثاني**[4] **بين أن يأخذ الكل أو يترك الكل**) ولا يجوز له الاقتصار على

---

(١) ينظر: نهاية المطلب (٧/ ٣٤٩)، والاختيار لتعليل المختار (٢/ ٤٤)، والبناية شرح الهداية (١١/ ٢٩١).

(٢) لأن كلاً من النصف الأول والآخر للشريك القديم بالشفعة. منه.

(٣) كفاية النبيه في شرح التنبيه (١١/ ٦٧).

(٤) هذه الصورة حاصلة بأن تكون الشركة بين ثلاثة. منه.

أخذ حصته؛ لئلاّ يتضرر بتبعيض الصفقة عليه.

والثاني: له الاقتصار على أخذ حصته فقط؛ إذ قد لا يقدر على أخذ الجميع فيسقط حقه من الشفعة.

والثالث: يسقط حق العافي وغير العافي كما لو عفا أحد شركاء القصاص فيسقط حق الجميع منه.

والرابع: لا يسقط حق العافي وغيره؛ تغليباً للثبوت.

ولو كانت الشفعة لحاضر وغائب فعفا الحاضر ومات الغائب وله وارث أخذ الكل بالشفعة.

(**والأصح**) من ثلاثة أوجه (**أن الشفيع الواحد إذا أسقط بعض حقه يسقط الكل**)؛ لأنه إضرار بالمشتري بالتفريق عليه، ولأنه لابد من سقوط ما أسقطه فيسقط به كله كعفو مستحق القصاص عن بعضه.

والثاني: لا يسقط شيء منه ما لم يسقط الجميع، كحد القذف.

والثالث: يسقط ما أسقطه ويبقى الباقي كالعفو عن بعض الدية.

ثم قيل: ذلك إذا رضي بالتفريق عليه، فإن أبى فقال: خذ الكل أو دعه فله ذلك، بخلاف ما لو قلنا بسقوط حق العافي من أحد الشريكين، فإنه ليس للشريك الآخر إلا قسطه، وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع أو تركه.

قال الإمام في النهاية: ومحل الخلاف فيما إذا قلنا إن حق الشفعة ليس على الفور، فإن قلنا بالفور، فمنهم من طرد الخلاف إذا بادر إلى طلب الباقي، ومنهم من قال بالسقوط في الكل[1].

(**ولو كان أحد الشفيعين حاضراً دون الآخر فللحاضر تأخير الأخذ إلى حضور الغائب**)، ولا يعدُّ ذلك تقصيراً في الطلب ولا يسقط به حقه (**في أصح الوجهين**) ليعلم أن الغائب هل يأخذ أو يترك ليكون على بصيرة من أخذ الكل أو تركه أو أخذ البعض؟ وذلك غرض صحيح، فيعذر في التأخير به.

---

(١) نهاية المطلب (٧/ ٣٦٠)، رقم (٤٧٥٣).

والثاني: لا يعذر بل يسقط حقُّه بالتأخير.

(ويجوز أن يأخذ في الحال الكل أو يترك الكل) ولا ينتظر حضور الغائب، وليس له الاقتصار على أخذ حصته؛ لئلا يتضرر المشتري بالتفريق عليه لو لم ياخذ الغائب، فإذا حضر الغائب شاركه إن شاء فيما أخذه بقدر حصته من الثمن، وعهدة الثمن على الحاضر؛ لأن ملك الغائب منه يتلقّى، حتى لو خرج مستحقاً فالرجوع إنما هو عليه ثم هو على الثاني، وما استوفاه الحاضر من المنافع، وما حصل له من الأجرة والثمرة من الأخذ إلى حضور الغائب لا يزاحمه فيه الغائب، نص عليه في الأم.

(ولو اشترى الثاني شقصاً من واحد فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما) أي أحد المشتريين خاصة؛ بناءً على أن العقد يتعدد بتعدد المشتري، فلا يُتفرق على واحد ملكه.

(ولو اشترى واحد من اثنين فكذلك له) أي للشفيع **(أن يأخذ حصة أحد البائعين في أصح الوجهين)**؛ بناءً على أن تعدد البائع يوجب تعدد العقد.

والثاني: لا يجوز له الاقتصار على حصة أحدهما؛ نظراً إلى أن المشتري ملك الحصتين معاً، وهو شخص واحد فلا يفرّق ملكه عليه.

قال أبو علي: وهذا أقرب؛ لأن التعدد المعنوي لا يعني عن التعدد الحسّيّ، وتعدد الصفقة على المشتري بحسب المعنى، وتفريق الشقص عليه بالشفعة بحسب الظاهر، بخلاف تعدد المشتري؛ فإنه متعدد معنىً وحسّاً.

***

الشفعة على الفور

(فصل: أصح القولين أن حق الشفعة على الفور)؛ لأنه حق يثبت لدفع الضرر ومضايقة القسمة فهو كخيار الرد بالعيب فيفوت بالتأخير، وقد قال ﷺ: **«الشُّفعَةُ كَحَلِّ العِقَالِ»**[1]، وفسّر بأن المعنى: أنها تفوت على السرعة ولا يمكن تداركها كبعير

(١) سنن ابن ماجه ت الأرنؤوط (٣/ ٥٤٨)، رقم (٢٥٠٠)، ومسند البزار = البحر الزخار (١٢/ ٣٠)، رقم (٥٤٠٥)، والسنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٧٨)، رقم (١١٥٨٨)، قال الألباني في إرواء الغليل (٥/ ٣٧٩): ضعيف جدا.

نادٌّ حُلّ عقاله، وهذا ما نُصّ عليه في رواية البويطي.

والثاني: يقدّر بثلاثة أيام؛ تحرّزاً عن الاقتحام في أمر خطير يحتاج إلى نظر وتأمل، فقد يندم حين لا ينفعه الندم، وبذل عصاه حيث لا يثبت الندم، فقدّر بثلاثة أيام كخيار الشرط، وهذا ما نصّ عليه في رواية الزعفراني، واختاره جمهور المراوزة [١].

قال ابن الرفعة في المطلب الأعلى: ما يجب على الفور طلبُها لا تملّكُ الشقص، حتى لو بادر الطلب وتأخر تملّكه لم يسقط حقّه، وقيل: كلاهما.

(**فإن علم الشفيع بالبيع**) تفريعاً على الأصح (**فينبغي أن يبادر على حسب العادة**) ولا يُكلّف فوق العادة.

وإن لم يعلم بالبيع فلا تبطل شفعته بطول الزمان، حتى لو علم بالبيع بعد سنين فهو على شفعته.

(**فإن كان مريضاً**) بمرضٍ يمنعه من السعي كالبُحران المسبع والرمد في العين ونحو ذلك، والحبس ظلماً أو بدين مع إعساره وعجزه عن بيّنة الإعسار كالمرض.

وأما الحبس للدين مع مطله وهو مليءٌ ليس بعذرٍ، بل عليه أداءُ الدين والخروجُ للطلب.

(**أو كان غائباً عن بلد المشتري أو خائفاً من عدو**) وإن لم يكن غائباً عن بلد المشتري، أو لمنع الخُلُوّ دون الجمع [٢] (**فليوكِّل**) في الأحوال كلها إذا بلغه الخبر إن قدر على التوكيل، بأن لم يكن الطريق مخوفاً، ويجد وكيلاً إما مجّاناً أو بأجرة المثل.

وإن كان الطريق مخوفاً ويتعلل الوكيل به فتأخره إلى وجدان الرفاق لا يسقط حقّه.

وكذا تعلله بحرٍّ أو برد مفرِطين، ويتوي في ذلك هو ووكيله.

(**وإلا**) أي: وإن لم يقدر على التوكيل بأن لم يجد من يوكّله، أو طلب أكثر من أجرة المثل، أو بها لكن لم يجدها (**فليُشهد على الطلب**) إتياناً بالواجب على قدر الإمكان.

---

(١) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٣٥٠)، والنجم الوهاج في شرح المنهاج (٥/ ٢٤٧).

(٢) إذا حكم في جملة بالتنافي بين جزأيها تسمى منفصلة: فإن حكم فيها بعدم اجتماعها فى الصدق والكذب معا فهى الحقيقية كقولنا: إما أن يكون هذا العدد زوجًا أو فردًا،، أو فى الصدق فقط فهى مانعة الجمع كقولنا: إما أن يكون هذا الشيء شجرًا أو حجرًا،. أو فى الكذب فقط كقولنا: إما أن يكون هذا الشيء لا حجرًا ولا شجرًا فهى مانعة الخلوّ. ينظر: التعريفات (ص: ٢٣٢).

(وإذا لم يفعل المقدور عليه منهما) أي من التوكيل والإشهاد **(بطل حقه على الأصح)** من القولين، وفي الروضة: من الوجهين؛ لأن التوكيل والإشهاد بمنزلة الطلب بنفسه، فهو كما لو أمكن الطلب بنفسه فقصّر.

والثاني: لا تبطل حقه؛ لأنه قد يلحقه في التوكيل والإشهاد منّةٌ ثقيلة أو مؤنةٌ كثيرة.

والمراد بالإشهاد: إشهاد رجلين، أو رجل وامرأتين.

وفي معناهما إشهاد رجل ليحلف معه؛ لأنه إثبات حق مالي فيثبت بهذه الطريق.

وقيل: لا يجوز إلا رجلان؛ لأنه مما يطّلع عليه الرجال، مع أنه بيع قهريٌّ واقع على خلاف القياس مع منازعات كثيرة مع الخصم، فلا بد في إثباتها من حجة قوية.

(وإن كان) الشفيع حين بلوغ الخبر **(في الصلاة)** فريضة كانت أو نافلة **(أو في حمّام)** -حمّامِ ضرورة كالجنب والحائض، أو حمامِ تنعُّم كإزالة الأوساخ وقطع الروائح- **(أو على طعام)**- طعامِ ضرورة كالجائع المفرط جوعه، أو طعامِ تنعُّم- **(فله الإتمام)** في الكل؛ لأنَّ قطعها خلاف العادة، ولا يكلّف فوق العادة.

ولا يلزمه في الصلاة تركُ الأبعاض والهيئات، ولا في الأكل الاقتصارُ على سد الرمق، ولا في الحمام على مجرَّد الغسل، ولو جاء وقت الصلاة أو الأكل أو نابه قضاءُ الحاجة وبلغه الخبر جاز له تقديمها على الطلب.

(وإذا أخّر الطلبَ) تأخيراً مبطلاً لحقّه **(وقال: أخّرتُ لأنّي لم أصدّق المُخبر)** بالبيع **(لم يُعذَر إن أخبره عدلان)**؛ أي لا يُقبل عذره ويسقط حقه من الشفعة؛ لأن شهادة العدلين مقبول في الوقائع كلّها، فمن لم يقبل فهو مقصّر في حقه؛ لترك ما هو حقه عند الجميع، وفي معنى العدلين الذكرين: عدلٌ وامرأتان، **(وكذا)** لم يُعذر **(إن أخبره واحد)** عن من تُقبل روايته، ولم يقيّده بالعدل؛ لأن العدل إنما يُستعمل في الذكر الحر البالغ في المتعارف.

والواحد يَشمل الحر والمرأة، ويجوز أن يُقدّر موصوف واحد: عدل، أي عدل واحد.

(في أظهر الوجهين) وذلك؛ لأنه إخبار واقع بين الآحاد، ولم يكن مما يثبت عند القضاة، فلا حاجة إلى العدد، كسائر الإخبارات.

والثاني: لا بدَّ من العدد؛ قياساً على الواقعات الواقعة عند الحكّام وهي لا تقوم بواحد، والخلاف جارٍ في المرأة الواحدة.

وقيل: إن كان المُخبر ذكراً عُذِر وإلا فلا، وقيل: تُشترط الحرية.

(**ويُعذر إن أخبره من لا يُعتمد قوله**) ككافر وصبيٍّ وفاسق، نعم، لو أخبره عددٌ من الفسّاق لا يُحتمل تواطؤهم على الكذب أو عددٌ من صبيان ذوي تمييز لم يُعذر؛ لغلبة صدقهم عرفاً.

(**ولو أخبره**) من يُعتمد قوله (**بالبيع بألف**) قائلاً: باع شريكُك نصيبه من زيد بألف (**فترك الشفعة**)؛ تحرّزاً عن كثرة الثمن (**ثم بان أنه**) أي البيع (**كان بخمسمائة لم يبطل حقه**)؛ لأن الترك كان للكذب بكثرة الثمن فتبين خلافه فله العود إلى الطلب، وكذا الحكم لو كان الكذب في قدر المبيع فترك ثم بان خلافُه، سواء كان الكذب بالزيادة أو النقصان؛ لاختلاف الأغراض بذلك، وكذا الكذب في المشتري؛ لاختلاف الناس في أخذ الحقوق وتقويم الأمتعة، فيُعذر في الترك والعود.

(**وفي كذب المخبر بالنقصان يبطل حقه**) بأن أخبره بخمسمائة فتركه ثم بان أنه كان بألف فأراد أن يأخذ لم يمكّن؛ لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل فبالأكثر أولى، فيدل عوده على الندامة على الترك. (**ولا يبطل الحق**) أي: حق الشفعة (**بأن يُسلّم**) الشفيع (**على المشتري إذا لقيه**) طالباً للشفعة؛ إذ السلام عند الملاقاة قبل الكلام، فلا يدل على عدم الطلب قهراً.

وقال أبو علي: إذا سلّم عليه بطل حقه؛ لأن السلام يتضمن سلامة المسلَّم عليه عمّا يضرّه، وأيُّ ضرر أضرُّ من نزع الملك الجديد من يده قهراً من تحت الإذن؟ [1]

(**وكذا لو قال**) بعد السلام: (**بارك الله في صفقتك، على الأصح من الوجهين**)؛ لأنه

---

(١) لم نتيقن من هو أبو علي هذا؟ ونقل الماوردي هذا القول عن محمد بن الحسن، ونصه: "وَقَالَ مُحمد بن الحسن: إن قَدَّمَ السَّلَامَ عَلَى الْمُطَالَبَةِ بِطَلَ حَقُّهُ مِنَ الشُّفعَةِ، وَهَذَا خَطأٌ لِمَا فِيهِ مِن تَركِ السُّنَّةِ المَأثُورَةِ، وَخَرقِ العَادَةِ المُستَحسَنَةِ. وَلَكِن لَو حَادَثَهُ بَعدَ السَّلَامِ وَقَبلَ المُطَالَبَةِ بِطَلَ حَقُّهُ مِنَ الشُّفعَةِ، وَعَلَى هَذَا لَو طَلَبَ ثُمَّ أَمسَكَ بعد الطلب من غير صريح بِالعَفوِ وَلَا تَعرِيضٍ بَطَلَت شُفعَتُهُ حَتَّى يَكُونَ مُستَدِيمًا لِلطَّلَبِ بِحَسَبِ المَكِنَةِ. الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٠).

قد يقصد بذلك عودَ فائدة الدعاء إلى نفسه؛ لأن صفقته يترتب على صفقة المشتري، فبركتُها بركتُها.

والثاني: يبطل بهذا الدعاء حقه؛ لإشعاره بتقرير العقد للمشتري؛ لإضافة الصفقة إليه، وإرادةُ عود الفائدة إلى الداعي احتمالٌ عقليٌّ.

(**ولو باع الشفيع حصته جاهلاً بثبوت الشفعة فالأشبه**) بالحق من الوجهين (**بطلان الشفعة**)؛ لأن سببَ الشفعة دفُع الضرر بسوء المشاركة وضرر المقاسمة، وقد زال بزوال المشاركة ببيع الحصة.

والثاني: لا تبطل؛ لوجود سببها عند البيع، فلا يسقط حقه.

وقولُه: "**جاهلاً**" تصريحٌ بأن الخلاف إنما هو عند الجهل، أما إذا علم وباع بطل حقه بلا خلاف، وإن قلنا: الشفعة على التراخي؛ لزوال المشاركة.

قال في الكبير: هذا إذا باع جميع حصته، أما إذا باع بعضه جاهلاً لم يبطل؛ لأنه معذور، مع أنه بقي له حصته المشاركة الموجبة لأخذ الشفعة، ووقع في بعض شروح الحاوي الصغير خلاف ذلك، وقال: لو باع بعض نصيبه أو وهبه بطل حقّه أيضاً؛ لأنه إنما يستحق الشفعة بجميع حصته، فإذا باع بعضه بطل قدرُه، وإذا بطل البعض بطل الكل كما لو عفا عن بعض الشقص، وذلك مخالفة ظاهرة إلا أن يُحمل ما قالوا على العلم بثبوت الشفعة وما قاله في الكبير على الجهل[1].

---

(١) العزيز ط العلمية (٥/ ٥٤٣).

بعون الله وتوفيقه قد تم تحقيق كتاب الشفعة من الوضوح وإعداده للطبع بإذنه تعالى مع الإفادة من تحقيق الشيخ عمر مصطفى، وهذه الحصة تنتهي في مخطوطة مكتبة الحاج خالص في أربيل المرقمة (٢٨٣) في اللوحة (٠٠١١٢)، وفي المخطوطة (٢٧٢٦) في اللوحة (٩٦)، وفي المخطوطة (٣١٧٢) في اللوحة (٠٠٥٢٠)، وفي مخطوطة مكتبة بيارة ٦٥٦ في اللوحة (٣١٥)، وفي مخطوطة مكتبة الخال في اللوحة (٢٠٠)، وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات في اللوحة (٦٤٧٩) ظ.

كتاب القراض[1]

بكسر القاف، مصدر عند سيبويه، واسم المصدر عند الخليل، اختلافَهم في النصاب.

وقال يونس[2]: اسم جمع، وقيل: هو جمع كالرقاب.

وعلى الجملة اشتقاقه من القرض بمعنى القطع والفصل، وبه سُمّي المقراض؛ لأنه يُقرض به الأثواب أي: يقطع، والمناسبة بين معناه اللغوي والاصطلاحي أن المالك يقطع بعض ماله ويدفعه إلى العامل ليتّجر فيه.

(واحتجّوا) أي: استدل الأئمة **(لهذا العقد بإجماع الصحابة)**؛ فإنّه روي: «**أن عباس بن عبد المطّلب كان يدفع ماله مضاربة ويشترط على عامله أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به ذوات كبد رطبة**»[3].

وروي: «**أن عمر يدفع مال اليتامى مضاربة**[4]، وكان ذلك بمحضر من

(١) يشتمل هذا الجزء على كتاب الشفعة من الوضوح، وهذه الحصة تبدأ في الوحات التى انتهى فيها كتاب الشفعة.

(٢) سبقت ترجمة الخليل وسيبويه، ويونس: هو أبو عبد الرحمن يونس بن حبيب البصري الأديب النحوي، من شيوخه: أبو عمرو بن العلاء وحماد بن سلمة، وسمع العرب، ومن تلاميذه: سيبويه والكسائي والفراء، وكانت حلقته بالبصرة ينتابها الأدباء والفصحاء وأهل البادية، له مصنفات منها: معاني القرآن، واللغات، والأمثال، وكتاب النوادر الكبير، وكتاب النوادر الصغير، ومعاني الشعر، توفى سنة اثنتين وثمانين ومائة للهجرة. ينظر ترجمته: وفيات الأعيان(٣/ ٥٣٠)، وهدية العارفين (٢/ ٥٧١)، وسير أعلام النبلاء ط الرسالة (٨/ ١٩١-١٩٢).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ١٨٤)، رقم (١١٦١١)، ولفظه: «عَن حَبِيبِ بنِ يَسَارٍ، عَنِ ابنِ عَبَّاسٍ قَالَ: "كَانَ العَبَّاسُ بنُ عَبدِ المُطَّلِبِ إِذَا دَفَعَ مَالًا مُضَارَبَةً اشتَرَطَ عَلَى صَاحِبِهِ أَن لَا يَسلُكَ بِهِ بَحرًا، وَلَا يَنزِلَ بِهِ وَادِيًا، وَلَا يَشتَرِيَ بِهِ ذَاتَ كَبِدٍ رَطبَةٍ، فَإِن فَعَلَ فَهُوَ ضَامِنٌ، فَرَفَعَ شَرطَهُ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فَأَجَازَهُ"».

(٤) معرفة السنن والآثار (٨/ ٣٢٣)، رقم (١٢٦٠٧) بلفظ: «أَنَّ عُمَرَ بنَ الخَطَّابِ أَعطَى مَالَ يَتِيمٍ مُضَارَبَةً، وَكَانَ يَعمَلُ بِهِ بِالعِرَاقِ، وَلَا يَدرِي كَيفَ قَاطَعَهُ عَلَى الرِّبحِ»..

الصحابة، بل قد يُشاورهم في ذلك ولم ينكر عليه أحد، فصار إجماعاً».

وبُعث رسول الله ﷺ والناس يتعاملون بالقراض فأقرهم عليه.

وقال أهل التفسير: قوله تعالى: ﴿ وَأَقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ﴾ في القراض نزلت[1].

والاستدلالُ بمضاربةِ خديجةَ رضي الله عنها مع رسول الله ﷺ على مالها، وإرسالِ ميسرة عبدها معه إلى الشام ضعيفٌ؛ لوقوع ذلك قبل الإسلام.

(**وبالقياس على المساقاة**) والجامع بينهما ظهور الحاجة، من حيث إنَّ مالك الأشجار قد لا يحسن تربيتها أو لا يليق به ذلك لمنصب أو غيره، ومن يحسن ذلك ويباشره قد لا يملك الأشجار، شُرع المساقاة تحصيلاً لمصالحها، فكذلك صاحب المال قد يكون غبياً عن التصرفات لا يهتدي إليها، ومن هو عارف بالتصرفات قد يكون فقيراً لا مال له، شُرع القراض؛ تحصيلاً لمصالحها.

ويُسمى عقدُ القراض مضاربةً عند العراقيين، كما يسمى قراضاً عند الحجازيين، ووجه تسميته قراضاً مرّ.

ووجه تسميته مضاربة؛ لأن فائدة هذا العقد وهو الربح لا يحصل غالباً إلا بالتضرّب في الأرض، أي: بالسير، قال الله تعالى: ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ ﴾ الآية، أي: سرتم[2]، أو لأن كل واحد من المالك والعامل يضرب لآخر بسهم من الربح، أي: يبيّن، من قولهم: ضرب له كذا، أي: بيّن، أو لأن هذا العقد مختص بنوع من الأموال وهو النقد، وبنوع من الحكم وهو كون الربح بينهما، فيكون من الضرب بمعنى النوع.

(**وهو**) أي: القراض في الشرع (**أن يدفع**) شخص (**مالاً إلى غيره ليتجر فيه ويكون الربح بينهما**).

---

(١) تمام الآية الكريمة: ﴿ إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَىٰ مِن ثُلُثَيِ اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثَهُ وَطَائِفَةٌ مِّنَ الَّذِينَ مَعَكَ ۚ وَاللَّهُ يُقَدِّرُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ ۚ عَلِمَ أَن لَّن تُحْصُوهُ فَتَابَ عَلَيْكُمْ ۖ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ ۚ عَلِمَ أَن سَيَكُونُ مِنكُم مَّرْضَىٰ ۙ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ ۙ وَآخَرُونَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ۖ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ ۚ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ۚ وَمَا تُقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُم مِّنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِندَ اللَّهِ هُوَ خَيْرًا وَأَعْظَمَ أَجْرًا ۚ وَاسْتَغْفِرُوا اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (المزمل: ٢٠).

(٢) تمام الآية الكريمة: ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا ۚ إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا ﴾ (النساء: ١٠١). قال الماوردي في تفسيره النكت والعيون (١/ ٥٢٣): أي سرتم؛ لأنه يضرب الأرض برجله في سيره كضربه بيده أولذلك سُمِّيَ السفر في الأرض ضَرباً.

في الضبط قيود: **الأول**: الدفع، وبه يُحترز عمّا إذا قارضه على دين، فإنه لا يصح، سواء كان الدين على العامل أو غيره، وسواء كان من النقد أو غيره، وسواء كان حالًّا أو مؤجلاً.

وعن المزني: أنه لو كان ديناً حالًّا على العامل من النقدين جازت المقارضة عليه(١).

الثاني: التجارة، وبه يُحترز عمّا إذا دفع إليه مالاً وقال: أمسكه حتى ترتفع قيمته بارتفاع السوق فبعه فما زاد بارتفاع السوق كان بيننا؛ فإنه لا يصح؛ لأن الربح من نتائج تصرفاته.

والثالث: كون الربح بينهما، فلو شرط اختصاصه بواحد لم يصحّ، كما سيجيء إن شاء الله تعالى.

(ويشترط) في المال المدفوع إلى العامل **(أن يكون نقداً، وهو الدراهم والدنانير المضروبة)** الخالصة عن الغش؛ لأن القراض عقد يشتمل على غرر؛ إذ العمل فيه غير مضبوط، والربح غير متحقق الحصول، والقياس أن لا يجوز، وقد جوّز للحاجة، فيختص بما لا يختلف في الأزمنة والأمكنة ويروج في كل حال، وليتحقق انفراد المالك برأس المال واشتراك العامل معه في الربح، **(فلا يجوز على الحليّ والتّبر)** أي غير المسكوك، سواءٌ سبيكة أو فلذاً؛ لاختلاف قيمتهما في الأزمنة والأمكنة **(والمغشوش)** وهو ما خُلط بغيره من الفلذات وإن راج رواج الخالص؛ لأن المغشوش نقد وعرضٌ، فربّما يختلف قيمته فلا يتحقق تمييز المشروط عن غيره.

قال الشيخ أبو محمد والد الإمام: ومحلّه إذا كان غشّه ظاهراً يتدافعه الناس به، فإن كان مخفياً مستهلكاً فيه جازت المقارضة عليه؛ لأنه كالمعدوم(٢).

وقال العبّادي: يجوز على المغشوش الرائج مطلقاً، واسترضاه ابن ملقّن حيث قال: وعليه عمل الناس، والحاجة داعية إليه.

والكلام في الفلوس كما في المغشوش منعاً وجوازاً.

(والعروض)؛ لاختلاف قيمتها، فلو جعلت رأس مال فيفضي إلى إلحاق الضرر إما

---

(١) وحكاه ابن الرفعة عن البحر عن ابن سريج .ينظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه (١١/ ١٠٠).

(٢) نهاية المطلب (٧/ ٤٤٣)، والعزيز ط العلمية (٦/ ٧).

بالمالك أو العامل؛ لأنه إما أن يُشترط ردُّ عرض على المالك بصفات المعقود عليه أو ردُّ قيمته:

فإن كان الأول: فربما كان وقت الدفع بدرهم ووقت الرد بتلك الصفة بعشرة فيغبن العامل، أو بالعكس فيغبن المالك.

وإن كان الثاني: فإما أن يكون المشروط قيمة يوم العقد أو قيمة يوم الردّ، وإياً ما كان يحتمل التفاوت بين القيمتين فيفضي أيضاً إلى إلحاق الضرر بواحد من المتعاقدين، وهو ممتنع؛ لأن وضع هذا العقد على أن ينفرد المالك برأس المال ويشاركه العامل في الربح، ولا يتحقق في العروض، وقس على هذا التبر والحليّ والمغشوش والفلوس.

(و) يشترط (**أن يكون**) المال المدفوع (**معلوماً قدراً ووزناً وصفةً، فلا يجوز على دراهم مجهولة القدر**)، بأن جاء بكف من الدراهم ودفعها إلى العامل ليتّجر عليها؛ لعدم العلم بما يخص به كل واحد من المتعاقدين من رأس المال والربح.

ولا يقاس على رأس مال السّلم، حيث جاز السلم على المجهول؛ إذ ليس في السلم ردُّ رأس المال إلى المسلم؛ لأنه عقد تأبيد، وإنما الغرض منه تحصيل المسلَم فيه على الصفات، وهو لا يختلف بالعلم والجهل برأس المال، بخلاف القراض؛ فإنه موضوع على أن يرُد على المالك ما دفعه ويبقى الباقي بينهما، وهذا غير ممكن عند الجهل برأس المال، ومجهول الصفة كمجهول القدر على ما قاله صاحب التعجيز في شرح الوجيز.

(**وأن يكون**) المال المدفوع (**معيناً**)؛ ليمكن العقد عليه، ولا فرق بين أن يكون معيناً في العقد أو في المجلس دون العقد، حتى لو عقد على دراهم **معلومة** القدر ولم تكن معينةً ثم عيّنها في مجلس العقد جاز؛ لأن مجلس العقد من حريمه.

(**فلا يجوز أن يقارضه**) أي المالكُ العاملَ (**على دين له**) أي: للمالك (**في ذمة الغير**) كما لا يجوز أن يُجعل رأسَ مال السّلم، ولما فيه من المعنى المانع في العروض، وهو عُسر التجارة عليه كما في العروض (**ولا أن يُقارض صاحبُ الدّين المَديونَ**)؛ للمعنى الذي ذكرنا، وخصّه بالذكر؛ لما فيه من خلاف المزنيّ[1].

---

(١) حيث نقل الشارح مسبقاً عن المزني: أنه لو كان ديناً حالاً على العامل من النقدين جازت المقارضة عليه.

وقوله: " في ذمة الغير " يُحترز به عمّا لو كانت له دراهم في يد غيره وديعة أو غصباً أو وكالةً فقارضه عليها صحّ؛ لأنها معيّنة في يده، بخلاف ما في الذمة، وبه قال القاضي حسين والإمام، وخالفهما البغوي في ذلك[1].

(**وكذا لا يجوز القراض على أحد الصُرَّتين**)- الصرّة:الكيس المنفرد عن الإنسان، ويُقال له عندنا: هِميان[2]- (**في أصح الوجهين**) وإن كانتا متساويتين قدراً وصفةً؛ للجهل بما يُعقد عليه، فهو كما لو قال: قارضتُك على هذه الدراهم، أو على هذه الدنانير.

والثاني: يجوز؛ لاستوائهما قدراً وصفةً، وحصول العلم بما يخص به كل واحد من المتعاقدين.

وعلى هذا قال صاحب الروضة: إذا تصرف في ما شاء منهما تعيّن للقراض[3].

(**ويُشترط أن يكون رأس المال مسلّماً إلى العامل**)؛ ليتمكن من التصرف فيه كل وقت كما يظفر بالربح، (**فلا يجوز أن يشترط كون المال عند المالك**) أو يشترط عمل المالك معه؛ لأنه حينئذ لا يستقل بالتصرف، فربّما يجد ظفر الربح ولم يكن المال حاضراً فيفوت الظفر، وقد يختلف رأيهما فكان العامل محجوراً عليه في بعض الأزمنة فيتعسر عليه الربح، بل يتعذّر، لاسيما إذا شرط عمل المالك معه؛ لإفضائه إلى انقسام اليد الموجِب لعدم الاستقلال المشروط في العامل.

(**ويجوز أن يشترط عمل غلام المالك معه على الأصح من الوجهين**)؛ لأن الغلام يدخل تحت اليد كسائر الأموال، فدفعُه إليه يكون للمعاونة، وكونُه من ذوي العلم يعرف الحسن والقبح لا ينافي ذلك.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه يعلم الحسن والقبح والربح والخسران، فكأنه مشرف مراقب على العامل، فهو كسيده بذلك؛ لأن يدَه يدُه.

والجواب ما ذكرنا: أنه مال يدخل تحت يد العامل فيتبع تصرفُه تصرف العامل، بخلاف تصرف السيد.

---

(١) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٣٧٩).

(٢) باللغة الكردية: " هةمانة " أو " كيسة " .

(٣) روضة الطالبين (٥/ ١١٨).

ومحل الخلاف: في ما إذا لم يشترط على العامل اتّباعَ رأي الغلام، ولم يقل للعامل: لا تتصرف بدون الغلام، وإلا لم يجُز بالاتفاق.

قال ابن الرفعة: وصورة المسألة أن يكون الغلام معلوماً بالمشاهدة أو الوصف، وإن لم يكن معلوماً فسد العقد[1].

(ووظيفة العامل) أي: ما قدّره الشرع له، والوظيفة: ما يقدّر للإنسان فعله في يوم أو ساعة أو سنة أو في كذا هكذا **(التجارة)** أي: التصرف في المال وقتاً فوقتاً على سبيل المماكسة والمرابحة، **(وتوابعها كنشر الثياب)** عند البيع أو في الدّكاكين ليرغب فيها الطالب **(وطيّها)** أي: لفّها بعد النشر، إما لرفعها أو دفعها إلى الطالب.

وذرع الثياب ووزن الشيء الخفيف كالمسك والعنبر ونحوهما من وظائفه أيضاً.

(فلو قارضه على أن يشتري) العاملِ **(حنطة فيطحن ويخبُز ثم يبيع، أو يشتري غزلاً فينسجه ثم يبيع)** أو يشتري ثوباً فيقصره ثم يبيع **(فسد القراض)**؛ لأن هذه الأعمال ليست من وظائف العامل؛ لأنها مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، فلا يدخل في القراض المشتمل على جهالة العوضين للحاجة، ولأن التجارة إنما هي طلب الربح بالبيع والشري، لا بالحرف والصناعات.

نعم، لو فعلها العامل بلا شرط لم يضرّ، ولم يستحق الأجرة ولا الزيادة على ما شرطه أولاً، فلو استأجر عليها، فالأجرة على العامل، فلو تلف بها أو نقص فمن ضمان العامل إن صدرت بغير إذن المالك.

(ولا) يجوز **(أن يشترط عليه شريَ متاع معيّن)** تعيّناً شخصياً: بأن قال: لا تشترِ إلا هذا الثوب أو هذا الفرس؛ إذ ربما لا يبيع هذا المعينُ أو لا يربح فيه، فيكون كالمحجور من التصرف فيضيق عليه.

والتعيّن النوعي: -كأن قال: لا تشترِ إلا ثوب قطن أو إبريسمٍ أو كتّان- كالتّعيّن الشخصين في أحد الوجهين.

---

(١) لم نجده في الكفاية ولم نحصل على المطلب العالي.

والأصحُّ أنه ليس كذلك إلا أن يندر وجوده كما يأتي.

ولو نهاه عن سلعة معينة أو نوع معين لم يضرّ؛ لأن ما سوى المنهيِّ كثير فلا يضيق عليه.

(أو) شرط عليه **(شريَ نوع يندر وجوده)**؛ إذ قد لا يتيسر له فيعطل عن التجارة، وذلك **(كالخيل الأبلق)** والكبش الأملح، والياقوت الأصفر والأحمر مما لا يندر، فالتمثيل به غير جيد.

(أو) شرط عليه **(المعاملةَ مع شخص معين)**؛ لأن ذلك مما يضيّق عليه فيُخل بمقصوده الأهم؛ إذ قد لا يربح فيما عيّنه، ولا يجد النادر، والشخص المعين قد لا يبيع ولا يشتري أو لا يحصل الربح من جهته، بخلاف ما لو نهاه عن معاملة شخص؛ فإنه لم يضرّ كنظيره في النهي عن شري متاع معين.

(ولا يشترط بيان مدة القراض) كما يشترط في المساقاة المقيس عليها؛ لأن المقصود ثمة هو الثمر، وهو ينضبط بالمدة، وهنا المقصود الربح، وبيان المدة قد يُخلّ به، **(فلو ذكر مدةً في العقد ومنعَه)** أي: المالكُ العاملَ **(من البيع بعدها)** أي بعد تلك المدة قائلاً: قارضتك سنة فإذا مضت فلا تبع بعدها **(أو منعه من مطلق التصرف بيعاً وشرياً فسد العقد)**؛ إذ قد لا يظفر بالبيع في تلك المدة، أو يظفر بها لا يربح فيه فيُخل بمقصود القراض، وربّما يكون عند انقراض المدة عنده عروض التجارة ولا يعرف ما يخص بكل منهما من الربح ورأس المال إلا بالنّضّ، والنضُّ لا يكون إلا بالبيع.

(ولو منعه بعد المدة من الشري دون البيع لم يفسد في أصح الوجهين)؛ لإمكان الاسترباح بالبيع الذي هو فعله بعد المدة، ولأن له المنع من الشري متى شاء فله المنع في الابتداء أيضاً، لخلاف البيع؛ فإنه لا يجوز المنع ابتداءً ودواماً.

والثاني: يفسُد؛ لاقتضاء الاقتراض التأبيدَ دون التأقيت.

ومعنى التأبيد: التفويض إلى خيرة العامل إلى أن [تقيلا] (١).

---

(١) إلى أن يفسخا بالإقالة. منه. على هامش مخطوطة مكتبة الخال، اللوحة (٢٠٢). ٢٧٢٦ (٩٧) ٢٨٣ (١١٤)

وقوله: " ولو منعه من الشري إلخ "، يقتضي أنه لو قال: قارضتك سنة وسكت عن المنع والإجازة لم يَفسُد، وهو وجه.

والأصح خلافه؛ لأن ظاهر اللفظ يقتضي انقراض القراض ومنع التصرف بعدها، قاله في المطلب الأعلى.

[شروط ربح القراض]

(**ويشترط في الربح الاختصاص بالمتعاقدين**)؛ لأنها اللذان يستحقانه: أحدهما بالملك، والثاني: بالعمل، (**فلا يجوز شرط شيء منه لثالث**)؛ لأن الثالث لا يكون مالكاً ليكون المأخوذ نتيجة ملكه، ولا عاملاً ليكون في مقابلة عمله، نعم لو كان الثالث عبد المالك أو العامل فيجوز أن يشترط له شيء، ويكون المشروط مضموماً إلى ما لسيده.

وقوله: " لثالث " إذا لم يكن عاملاً، وإلا فيجوز أن يكونا اثنين أو أكثر؛ لجواز تعدد العامل عند كثرة العمل.

(و) يشترط (**اشتراكهما فيه**) أي: في الربح، ولا يجوز أن يكون لأحدهما دون الآخر؛ لأنه عقد غرر جوّز للحاجة فلا يتجاوز ما ورد، كسائر الرخص.

(**فلو قال: قارضتك على أن يكون الربح كله لك فهو قراض فاسد**)، حتى يكون الربح تابعاً لرأس المال ويكون للعامل أجرة المثل (**أو قرض صحيح ؟**) يكون الربح للعامل، ويرد مثل رأس المال إلى المالك متى شاء (**فيه وجهان: أصحهما: الأول**) أي: قراضٌ فاسد؛ لأن اللفظ يقتضي أن يكون قراضاً وإنما فسد للإخلال ببعض الشروط.

والثاني: أنه قرض صحيح؛ لأن دفع الدراهم إلى أحد ليكون تصرفه فيها لنفسه ويردَّ إليه رأس المال هو معنى القرض، واللفظ يصلح لذلك؛ لاشتقاق قارضتك وأقرضتُك من مأخذ واحد.

وأجيب بأن ذلك إنما يكون عند عدم القصد إلى شيء، وهنا قصده عقد القراض، فاللفظ يتبع القصد إلا أن الصحة ممنوع لفقدان الشرط.

***

الإبضاع، والفرق بينه وبين الوكالة

(ولو قال: قارضتك على أنَّ كل الربح لي فهو قراضٌ فاسد أو إبضاعٌ) أي: توكيلٌ بلا جُعل؛ فإن الإبضاع في اصطلاح التجّار: أن يدفع أحدٌ مالاً إلى أحد ليكون عنده على طريق الوديعة ويتّجر فيه خاصة لمالكه، وهو وكالةٌ معنىً، والفرق: أنه لا ينعزل العامل في الإبضاع بأن يعزل نفسه، بخلاف الوكالة **(فيه الوجهان)** أي: الأصح أنه قراض فاسد لكن لا يستحق العامل فيه أجرةَ المثل نظراً إلى اللفظ.

والثاني: أنه إبضاع صحيح؛ نظراً إلى المعنى حتى لا يستحقُ شيئاً[1] ويكون الجميع للمالك في الوجهين؛ لأنه من فوائد أمواله فلا يكون لأحد إلا بتكوينه.

(ويشترط كونه) أي كون الربح **(معلوماً بينهما بالجزئية)** [كالنصف والثلث والربع، ويحترز بالجزئية عن المعلومية بالوزن أو العدِّ؛ إذ ربّما لا يكون الربح إلا ما] عيّنه بالوزن أو العدّ، **(فلو قال: قارضتك على أن لك في الربح شركة أو نصيباً فسد القراض)**؛ للجهل بما يخص به كل واحد منهما، فهو كالجهل بالأجرة في الإجارة.

ولو قال: قارضتك على أن لك من الربح ما شرط زيدٌ لعامله، فإن جهلا أو أحدُهما فسد. والأصح ويكون له مثل ما لعامل زيد.

(ولو قال قارضتك على أنه) أي الربح **(بيننا)** ولم يزد على هذا **(فالأشبه)** من الوجهين بالحق **(الصحةُ، والتنزيلُ على المناصفة)**؛ لأنه المتبادر إلى الفهم في لفظ " بيننا "، ولهذا لو قال: " هذا المال بيني وبين زيد " في معرض الاعتراف يُجعل بينهما نصفين.

والثاني: الفساد؛ لاحتمال اللفظ لغير المناصفة؛ إذ يصح أن يقال: هذا بيني وبين زيد، ولم يكن لزيد إلا عشره، فلا يكون الجزء معلوماً، وقد شرَطنا كونَ الربح معلوماً بالجزئية.

(ولو قال: " قارضتك على أن يكون نصف الربح لي" وسكت عن جانب العامل) ولم يقل: " نصفه الآخر لك " **(لم يصح على الأصح من الوجهين)**؛ لأن الربح كله للمالك؛ لأنه من نتائج ماله، فالتنصيص على كون النصف له لا يفيد أن يكون

---

(١) عند أحد القولين. منه بهامش المخطوطة ٣١٧٢ اللوحة (٥٢١).

النصف الثاني للعامل؛ لأنه بيان بعض الواقع وترك البعض.

والثاني: يصح ويكون النصف الثاني للعامل؛ لأن إضافة النصف إلى نفسه في العقد مع أنه له يدل على إبقاء النصف الثاني للعامل بقرينة العقد، ولئلا يكون إضافته عبثاً.

(**ولو عكس**) بأن قال: " قارضتك على أن النصف لك " وسكت عن جانب نفسه (**فالأصح**) من الوجهين (**الصحة**)؛ لأن الربح للمالك بحكم الملك، فيبقى بعد ما شرط للعامل على ما كان، فيكون بينهما مناصفة.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه لم يبين ما للمالك؛ لأن إضافة النصف إليه لا يستلزم أن يكون له شيء آخر من النصف الباقي، فلم يحصل العلم بالجزئية.

(**ولو قال**:) قارضتك (**على أن يكون الربح بيننا أثلاثاً فسد على الصحيح**)؛ لعدم العلم بمن هو صاحب الثلث أو الثلثين من المالك والعامل.

(**ولو شرط للعامل أو لنفسه عشرة أو مائةً والباقي للآخر، أو شرط اختصاص أحدهما بعشرة والباقي بينهما بالجزئية فسد القراض**)؛ إذ قد لا يكون الربح إلا ذلك القدر فيفوت الربح على الآخر، وكذا لو دفع إليه مائتين وقال: قارضتك على أن يكون ربح مائة لي وربح مائة لك فسد العقد؛ للجهل بالنصيبين للجزئية.

***

شروط صحة القراض

(**فصل: لابد في القراض من الإيجاب**) من جانب المالك بأن قال: قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك في هذه الدراهم لتتجر فيها على أن يكون الربح بيننا كذا، (**والقبول**) - على الاتصال بالإيجاب كسائر العقود؛ إذ هو عقد يستلزم التمليك والتملّك، فأشبه الإجارة - بأن يقول: [تقارضت] أو تضاربت أو تعاملت أو قبلت أو أخذت هذه الدراهم مقارضة أو مضاربة أو معاملة.

ويشترط أن يقول: " كما قلتَ " أو: " على ما عيّنت لي من الربح " ونحو ذلك.

(**وقيل:**) وقائله الاصطخري وأبو القاسم بن كجٍّ والبغوي[1] (**لو قال المالك: خذ هذه الدراهم واتّجر عليها على أن يكون الربح بيننا كذا**) أي مناصفة أو غير ذلك (**فأخذ العامل**) متصلاً بالإيجاب (**استغنى عن القبول لفظاً**)؛ لأن الفعل أدل على المقصود؛ لأن دلالته عقلية لا يحتمل التخلف، وبالقياس على الجعالة والوكالة.

والصحيح خلافه؛ لأن الفعل لا يدل إلا على الأخذ، وهو لا يستلزم الرضاء بالجزئية في الربح مع أنه شرط، والقياس فاسد؛ لأن القراض مع معين [فلا يقاس] على الجعالة، وبعوض فلا يقاس على الوكالة[2].

(**ويعتبر**) أي يُشترط (**في المالك والعامل ما يشترط في الموكل والوكيل**) من البلوغ وإطلاق التصرف؛ لأن العامل كالوكيل، والمالك كالموكل، فلا يجوز أن يكونا سفيهين أو صبيين أو أحدهما، نعم، يجوز لأوليائهم أن يقارض في أموالهم عند ظهور المصلحة، وأما المحجور عليه في الفلس فيجوز أن يكون عاملاً لا غير.

(**ولو قارض العامل غيره بإذن المالك ليشاركه**) ذلك الغير (**في العمل والربح**) الذي عين المالك له بالجزئية (**فأشبهُ الوجهين منعه**) أي: بطل القراض؛ إذ القراض عقد وقع على خلاف القياس، وموضعه أن يعقده المالك والعامل، فلا يُعدل إلى أن يعقده عاملان.

والثاني: يجوز؛ كما لو قارض المالك اثنين ابتداءً.

وفي قوله: "ليشاركه في العمل والربح" إشعارٌ بأنه لو قارضه بالإذن على أن ينفرد بالعمل والربح جاز بلا خلاف؛ لأنه يكون العامل وكيلاً فيه عن المالك، والعامل هو الثاني.

وليُعلم أن محل الخلاف: إذا كان المال نقداً بعد ولم يتصرف فيه العامل، أما لو تصرف فيه وصار عرضاً لم يجز بلا خلاف، كما صرّح به في الكفاية[3].

(**ولو قارض العامل**) عاملاً آخر (**بغير إذن المالك فهو**) أي: القراض (**فاسد**) سواء

---

(١) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٣٧٩).

(٢) نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ٥٣٦).

(٣) كفاية النبيه في شرح التنبيه (١١/ ٩٩).

قارضه على أن ينفرد بالعمل والربح أو أشركه فيهما؛ إذ المالك لم يأذن فيه ولم يرض أن يكون غيره أميناً على ماله.

(**وإذا تصرف العامل الثاني واشترى على الذمة ونقد الثمن من مال القراض وربح فيني**) حكم الربح فيه (**على أنَ الغاصب إذا اشترى شيئاً في الذمة وسلّم المغصوب ثمناً**) فيما اشتراه (**لمن يكون الربح؟**) أيكون للغاصب أم للمالك؟ (**فالجديد أنه للغاصب**)؛ لأن تصرفه صحيح؛ لأنه لم يعقد على العين الحرام، وتسليم الثمن فاسد؛ لأنه من الحرام، ولا يلزم من فساد الثمن فساد العقد، فعليه ضمان الثمن ويبقى الربح له.

والقديم: أن الربح للمالك؛ لأن الباعث على التصرف إنما هو مال المالك، وقد جُعل أحد العوضين، وفيه حديث حسن «**أنه جرى ذلك في زمن النبي ﷺ فأخذ رأس المال والربح للمالك**»[1].

فعلى القديم يكون نصف الربح للمالك كما لو كان صحيحاً ونصفه الثاني بين العاملين على السوية.

(**وعلى هذا**) أي: وعلى الجديد (**فإذا اشترى العامل الثاني في الذمة وسلّم المال في الثمن يكون كل الربح للعامل الأول في أصح الوجهين**)؛ لأنه بمنزلة الغاصب، والعامل الثاني كالوكيل عنه، وعلى الأول أجرة عمل الثاني؛ لأنه لم يعمل مجاناً وقد رجع فائدة عمله على الأول.

والثاني: أن الربح للعامل الثاني؛ لأنه المتصرف والمباشر، فهو كالغاصب.

وعلى الوجهين رأس المال مضمون عليهما، والقرار على الأول في الأول، وعلى الثاني في الثاني.

(وأما شريُه) أي شري العامل الثاني (**بعين مال القراض فباطلٌ**) على ما مر في بيع الفضولي مالَ الغير.

ويجيء فيه الخلاف المارّ وإن سكت عنه لفظ الكتاب.

---

(١) لم أحصل على مصدر هذا الحديث.

(ويجوز أن يقارض) المالك **(الواحدُ اثنين)**؛ كما يجوز أن يوكل وكيلين في بيع ماله.

قال إمام الحرمين في النهاية: إنما يجوز ذلك إذا شرط لكل واحد الاستقلال في التصرف، فإن شرط على واحد مراجعة الآخر عند التصرف لم يجُز[١].

قال المصنف في الكبير بعدما نقل عنه هذا: لا أظن أن الأصحاب يساعدونه على ذلك[٢].

قال ابن الرفعة في المطلب الأعلى: المشهور الجواز مطلقاً، سواء شرط الاستقلال أو المراجعة على ما ظنه المصنف.

(وبالعكس) بأن يقارض اثنان واحداً، فلا شبهة في ذلك، **(فإذا قارض الواحد اثنين يجوز بينهما التسوية)** في الربح، بأن يشترط لهما النصف مناصفة بينهما **(والتفضيل)** بأن يشترط لأحدهما ثلث الربح وللآخر الربع، تساويا في العمل أو تفاوتا.

وإن أبهم لم يجز، بأن قال: " لأحدكما الربع، ولأحدكما الثلث ".

نعم، لو تراضيا على تعيين الربع لأحدهما والثلث للآخر جاز، وإن أبهمهما المالك.

(وإذا قارض اثنان واحداً وبيّنا نصيب العامل ويكون الباقي من الربح بينهما على حسب الملك) فإذا شرطا للعامل النصف من الربح ومال أحدهما ألفان ومال الآخر ألف اقتسم النصف الباقي لهما أثلاثاً: لصاحب الألفين وثلث لصاحب الألف.

ولو شرطا خلاف ما يقتضيه نسبة المالين فسد العقد؛ لما فيه من شرط الربح لمن ليس بمالك ولا عامل.

ولو قالا: لك من مال أحدنا ربع الربح ومن مال الآخر ثلثه فإن أبهما لم يجز.

وإن عيّنا بأن قالا: من نصيب زيد ربع الربح ومن نصيب بكر ثلثه جاز إن علم العامل قدر ماليهما، ثم يكون الباقي بين المالكين على حسب الملك.

(وإذ فسد القراض) بصورة من الصور الماضية[٣] **(نفذ تصرفات العامل)**؛ لأن فساد

---

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ٤٥٢)، و (٧/ ٥٤٤).

(٢) العزيز ط العلمية (٦/ ١٩).

(٣) وهو: ولو قال: قارضتك على أن كل الربح لك أو لي إلخ.

العقد لا يتضمن فساد الإذن؛ كالوكيل إذا فسدت الوكالة فهو متصرف بالإذن، **(وكان جميع الربح للمالك)**؛ لأنه من نتائج ماله ونمائه، وإنما يصير بعضه للعامل بالشرط إذا صح العقد، ولم يصح، **(وعليه)** أي: على المالك **(أجرة مثل العمل للعامل)** سواء ربح أو لم يربح؛ لأنه لم يعمل مجاناً وقد فاته المسمى فلا يُجعل عمله ضائعاً في البين، **(إلا إذا قال: قارضتك على أن يكون جميع الربح لي)** وقلنا: إنه قراض فاسد لا إبضاع **(فأصح الوجهين أنه لا شيء للعامل من الأجرة)**؛ لأن شروعه في العمل كان مجاناً ولم يطمع بعمله شيئاً.

والثاني: له أجرة المثل على المالك كسائر وجوه الفساد.

وقد مر في الرهن الكلام على ذلك في قوله: "وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان وعدمه" فإن الأئمة استثنوا عن الضابطة صوراً ذكرناها هناك.

***

تصرف العامل في القراض

(فصل: يتصرف العامل بالغبطة) كالوكيل بل أولى؛ لأن وضع القراض للاسترباح **(فلا يبيع ولا يشتري بالغبن)**؛ لأنه محتاط في تصرفه، **(ولا نسيئةً)** أي: ولا يبيع ولا يشتري نسيئة؛ إذ قد يتلف رأس المال فتبقى العهدة متعلقة بالمالك، هكذا علّله المصنف في الكبير[1] **(من غير إذن)** أي: في الغبن والنسيئة.

والمراد: الغبن الفاحش.

وفي الإذن في النسيئة يأتي ما مر في الوكيل في تقدير الأجل وإطلاقه في البيع.

(فإذا باع نسيئة بالإذن وجب الإشهاد عليه) وإن لم يشترط عليه المالك؛ لأنه محتاط كالوكيل، فلو ترك الإشهاد دخل في ضمانه.

ولا يجب الإشهاد إذا باع حالاً؛ لأن الواجب عليه حبس المبيع إلى استيفاء الثمن، فلو سلّم قبله ضمن.

---

(١) العزيز ط العلمية (٦/ ٢٢).

(**وله أن يبيع بالعرض**)؛ لأن البيع به طريق للاسترباح المقصود من القراض، وربما يستربح بالعرض ما لا يستربح بالنقد، لأن الارتفاع والانخفاض إنما يكون في العروض دون النقود.

(**وله**) أي: للعامل (**رد المعيب إن كانت الغبطة في الرد**) بأن لا يساوي ما اشتراه به معيباً وإن رضي المالك بالإمساك فإنه لا يمنعه من الرد؛ لأن فيه للعامل حقاً، بخلاف ما لو كان وكيلاً محضاً؛ فإن رضاء المالك بالإمساك يمنعه من الرد؛ إذ لا حق له فيه، (**وإن كانت الغبطة في الإمساك**) بأن كان يساوي معيباً أكثر مما اشتراه به (**فلا رد**) للعامل (**في أصح الوجهين**)؛ لأنه قد ربح فيه، وهو مقتضى عقد القراض، فالرد ينافي مقتضاه.

والثاني: له الرد وإن كانت الغبطة في الإمساك كالوكيل؛ إذ قد تقل الرغبة فيه فلا يباع ثانياً بما اشتراه به.

وأجيب بالفرق: بأن الوكيل ليس له شري المعيب ابتداءً، فإذا اشتراه غلطاً وجب عليه رده، بخلاف العامل؛ فإن له شري المعيب إذا رأى فيه ربحاً، فليس له رد ما فيه ربح.

ويجوز للمالك الرد حيث يجوز للعامل، وهو ما إذا كانت الغبطة في الرد أيضاً كما للعامل.

(**وإن تنازعا في الرد**) فأراده أحدهما وأباه الآخر (**حُمِل على ما فيه الحظ**) أي: الغبطة والمصلحة. والحظ لغة: النصيب الوافر، ولم يقيّد في المُغرب بالوافر[1].

وهذا الحمل لأن لكل منهما حقاً فيه، فلو لم يراعى الأغبطُ غُبن من لم يرتض به رغم أنفه.

(**ولا يُعامل**) العامل (**المالك**) بأن يبيع منه من ماله؛ لأن الاسترباح منه خُسران عليه من وجه، فيكون العامل كالعبد المأذون في التجارة حيثِ لا يعامل سيده.

(**ولا يشتري بمال القراض أكثر من رأس المال**) بأن اشترى في الذمة بألفين ومال

---

(١) أحياناً ينقل الشارح عن المغرب، ولا أجده في كتاب المغرب في ترتيب المعرب، فلعله يقصد مصدراً آخر لم نظفر به بعد.

القراض ألف، أو اشترى عبداً بألف ثم عبداً آخر بألف؛ إذ المالك لم يرض بأن يشغل العامل ذمته إلا بما دفع إليه، فإن فعل لم يقع ما زاد عن القراض، فلا يكون العبد الثاني في مثالنا للقراض.

فما اشتراه في الذمة فالزائد عليه وما يقابله له.

وما اشتراه بألفين فما اشتراه أوّلاً صحّ للمالك، وما اشتراه ثانياً فهو باطل؛ لأنه قابله ما هو حق أن يصرف في الأول، فيكون بيعاً على عين الحرام.

(**ولا يشتري من يعتق على المالك**) من أصوله أو فروعه (**بغير إذنه**)؛ لأن الغرض من القراض الاسترباح، وذلك لا يكون في شري من يعتق عليه، بخلاف الوكيل؛ فإن له أن يشتري من يعتق على الموكل ويقع عنه.

وإن أذن صح ويقع الشري عن المالك ويعتق عليه وارتفع القراض في قدر ما اشتراه به، ولا يجبر بالربح كسائر الخسرانات.

(**وكذا لا يشتري زوجته**) أي: زوجة المالك، وكذا زوج المالكة (**في أصح الوجهين**)؛ لأنه وإن توقع فيه ربح لكن يؤدي إلى انفساخ النكاح، والعامل غير مأذون في ذلك.

والثاني: يجوز؛ لأن يتوقع فيه الربح، ولا نظر إلى انفساخ النكاح؛ لأنه غير مقصود في الشري، بل عارض بخصوص المادة.

(**ولو فعل**) أي: اشترى من يعتق عليه، أو اشترى زوجته أو زوجها (**لم يقع الشري عن المالك**)؛ لئلا يتضرر بتفويت رأس المال في الأولى وانفساخ النكاح في الثانية، ويقع الشري عن العامل إن اشترى في الذمة؛ لأن العقد لم يجر عليه، وفساد الثمن لا يوجب فساد العقد ويضمن رأس المال للمالك، ويكون الربح للعامل.

(**ولا يسافر**) العامل بمال القراض (**إلا بإذن**)؛ لأن الأسفار محل الأخطار وورود موجب التلف وكثرة الوقائع، فلو سافر به من غير إذن دخل في ضمانه لكن صح تصرفاته لقيام الإذن إلا إذا نهاه عن المعاملة في غير هذه البلد، أو كان السلعة في سائر البلاد أقل رواجاً، أو الأثمان فيها غالية.

وإذا صح التصرف دخل الثمن في ضمانه.

وإطلاقه يقتضي أن لا يكون فرق بين السفر الطويل والقصير، والمخوف والآمن، وهو كذلك.

وإذا أذن في السفر فهل يجوز أن يسافر في البحر عند إطلاق الإذن أم لا بُدَّ من النصّ عليه؟

فيه وجهان: **أحدهما**: يجوز؛ لجري العادة للتجار في ارتكاب البحار.

والثاني: لا يجوز إلا أن ينص عليه، وهو المختار في الروضة[1]؛ لأن الخطر في البحار أكثر.

قال الجلالي: مرادهم البحر الملح[2] لا العذب؛ لأنه أقل ضرراً وأكثر سلامة كما هو مجرب.

(**ولا ينفق العامل منه**) أي من مال القراض على نفسه في الحضر؛ لاستغنائه عنه بماله، ولم ينقطع عن الكسب، وكذا لا ينفق على نفسه (**في السفر على الأصح**) من القولين؛ لأن الذي يستحقه العامل هو نصيبه من الربح فلا يستحق شيئاً آخر.

والثاني: ينفق على نفسه في السفر، وهو قدر ما يزيد بسبب السفر كالخف والأداة.

وزاد البغوي النفقة واللباس والكري؛ فإنها تزيد بسبب السفر، ثم قال:

ويكون ذلك بالمعروف ويحسب من الربح، فإن لم يحصل ربح فهو خسران لاحقٌ بالمال فيجبر بالربح[3].

ولو شرط النفقة في العقد فسد على الأول وصح على الثاني كشرط نفقة الحضر.

***

وظائف العامل في القراض

(**وعليه**) أي: على العامل (**تولي**) أي: مراعاةُ (**ما جرت العادة به**) من أمور التجارة

---

(١) في الروضة (٥/ ١٣٤): "قُلتُ: وَإِذَا سَافَرَ بِالإِذنِ، لَم يَجُز سَفَرُهُ فِي البَحرِ إِلَّا بِنَصٍّ عَلَيهِ. وَاللَّهُ أَعلَمُ".

(٢) حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح الجلال المحلي على المنهاج للنووي (٣/ ٥٨).

(٣) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٤/ ٣٨٦)، وهو نقل بالمعنى.

(**كإدراج الثياب**) أي: إدخالها (**في السفط**) أي: العيبة من العيدان[1] معرب سبت.

(**وإخراجها للبيع والطي**) للحمل إلى الدكان والذهاب بها إلى السوق (**والنشر**) للرؤية حين العرض على البيع (**ووزن الشيء الخفيف**) كالذهب والفضة والمسك والكافور والعود القماري والصَبر وما أشبه ذلك.

(**وليس عليه**) أي: على العامل (**وزن الأمتعة الثقيلة ونحوه**) بضم الواو أي: نحو وزن الأمتعة الثقيلة كحملها ونقلها من المحط إلى الخان ومن الخان إلى الدكاكين.

(**وما عليه أن يتولاه لا يجوز أن يستأجر عليه من مال القراض ولا أن ياخذ الأجرة**) لأنه من وظائفه.

(**وما ليس عليه أن يتولاه له أن يستأجر عليه**) لأنه ليس من وظائفه، فلو باشره بنفسه فله أن ياخذ أجرته على أحد الوجهين، ولا أجرة له على أصحهما؛ لأنها من مصالح التجارة.

ولو شُرط على المالك حين العقد فسد الشرط؛ للجهل بتفاصيل العمل، دون العقد؛ لأنه ليس في نفس العقد، وقيل: يفسد العقد أيضاً.

***

نقصان الربح وزيادته وظهوره

(**فصل: أحد القولين أن العامل يملك المشروط له من الربح بالظهور**) قل أو كثُر؛ بالقياس على المساقاة؛ فإن العامل فيها يملك الثمار بالظهور، ولأن له مطالبة المالك بالقسمة فلو لم يكن مالكاً للربح لمنعه الشرع من المطالبة، لكنه ملك غير مستقر لا يتسلط على التصرف قبل القسمة؛ لاحتمال الخسران بعد ذلك ووضع الربح موضعه.

(**وأصحهما عند أكثرهم أنه**) أي: العامل (**لا يملك المشروط**) من الربح (**قبل القسمة**) بل إنما يملك بالقسمة؛ إذ لو كان شريكاً في المال بعد الربح لكان النقصان بالخسران شائعاً في المال على حسب الملك فلا يُجبر إلا ما يُقابل ملكه، كأن كان رأس

---

(١) السَّفَطُ: الَّذِي يُعَبَّى فِيهِ الطِّيبُ وَمَا أَشبهه مِن أَدَواتِ النِّسَاءِ. لسان العرب (٧/ ٣١٥)، مادة: (سَفَطَ).

المال ألفاً وربح ثلاثين ثم حصل الخسران بعشرين وكان المشروط له نصف الربح وهو خمسة عشر فليس عليه إلا جبر جزء من سبع وستين جزءً وثلثي جزءٍ من العشرين؛ لأن نسبة حصته إلى مجموع الألف مع نصف الربح هكذا، وليس كذلك، بل عليه ان يجبر جميع الخسران، فدل ذلك على أنه لا يملك قبل القسمة، لكن له فيه قبل القسمة حق مؤكد يورث عنه لو مات ويُقدّم به على الغرماء؛ لتعلقه بالعين.

ولتأكد حقه له أن يمتنع عن العمل إذا ظهر الربح ويبطل القسمة والفسخ والتنضيض ويجبر المالك عليه لحقه؛ إذ ربما يقع الخسران بعد ذلك فيفوت عليه الربح.

(**وثمار الأشجار**) الواقعة في التجارة (**والنتاج**) الحاصل (من **أموال التجارة**) من الإماء وسائر الحيوانات (**وكسب الرقيق**) بالاصطياد والاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية وغلة الأوقاف على الأرقّاء ومهر الجارية (**الواقعة في مال القراض**) قيد للكل أو للجارية، والمهر إما بالإكراه أو بالشبهة (**يفوز بها المالك**) ولا حق للعامل فيها (**على الأظهر** من **الوجهين**)؛ لأن هذه الفوائد ليست من نتائج التصرفات الواقعة من العامل، وليس لسعي العامل فيها أثر.

والثاني: مال قراض؛ لأنها حصلت منها.

وعلى هذا فقيل: هي من الربح، حتى يكون للعامل منها بالنسبة ما شُرط له.

وقيل: شائع ربحاً ورأس مالٍ فيوزّع عليهما بالنسبة، حتى لو كان رأس المال تسعة أعشار الربح كان عُشرها من الربح.

والخلاف في الثمار والنتاج والكسب في ما إذا اشترى الشجر والرقيق والحيوان للتجارة فحصل منها هذه الفوائد في مدة تربصها للبيع.

أما إذا كانت حاصلة عند الشري فهي مال قراضٍ، وهو ظِاهر.

والمهر إنما يُتصور إذا وُطئت بالشبهة أو بالزنا مكرهة كما أشرنا إليه؛ إذ لا يجوز للمالك ولا للعامل وطؤها ولا تزويجها.

والطواعية في الزنا مُسقطةٌ للمهر إلا إذا لم يُعتدّ بطواعيتها كالصبية والمجنونة؛ فإنه يجب المهر وإن أطاعت.

(والنقصان الحاصل في مال القراض بانخفاض السوق) بأن رخصت الأمتعة وغلى الأثمان **(خسران محسوب من الربح ما أمكن)** أي: زمان إمكان حصول الربح ودوام العقد [**(ومجبورٌ به)**] يعني يُجبر بالربح الذي يحصل من بعد، كأن كان مال القراض مائة فاتجر فيه فبلغ مائتين ثم رخصت الأمتعة فعاد ما اتجر فيه إلى خمسين، فالخمسون نقصان محسوب من الربح يُجبر بما ربح بعده؛ لاقتضاء العرف ذلك.

وأُلحق به النقص بالتعيّب والمرض الحادثين جزماً.

وقوله: "ومجبور به" الذي يقتضيه كلام الشارحين لغير هذا الكتاب أنه تفسير لقوله: "محسوب من الربح".

وجعله بعضهم تأسيساً؛ حذراً عن التكرار والتأكيد بلا فائدة، فحمل كلامه الأول على ما إذا لم يربح فنقص ثم ربح فيُحسب ما نقص مما سيربح بعد، وحمل كلامه الثاني على ما إذا حصل ربح فقسّماه تراضياً بلا فسخ ثم حصل خسران كان على العامل رد ما أخذ من الربح وجبر النقص به، ففي كل كلام فائدة فلا تكرار. وهذا أحسن؛ لأن ملك العامل على الربح لا يستقر مادام يُتوقع الخسران سواء قسّما الربح أو لم يُقسّما.

(وكذا) محسوب من الربح ومجبور به **(إذا تلف بعضه بآفة)** كحرق أو غرق أو أُباق **(أو بغصب منه أو بسرقة)** بعد تصرف العامل **(في أصح الوجهين)**؛ لأنه خسران واقع في حال تصرفه، ويمكن الجبر بالربح.

والثاني: لا يُجبر به ولا يُحسب من الربح؛ لأن ذلك لا تعلق له بالتجارة بخلاف الرخص والانخفاض، ولا ناشئاً من نفس المال، بخلاف المرض والعيب.

ومحل الخلاف: ما إذا تعذر أخذ البدل أو ردُّ عينه، أما إذا لم يتعذر أخذ أو رد والقراض باقٍ كما كان بلا جبر في بدله.

(وإذا تلف) بالغصب والسرقة **(قبل تصرفه)** بيعاً وشرياً **(فالأظهر من الوجهين أنه**

يتلف من رأس المال) أي: لا يُحسب من الربح، بل يعود رأس المال إلى ما بقي، حتى لو ربح بعد نقصان كان له المشروط من الربح.

ولا يُجبر به ما غُصب أو سُرق قبل تصرفه لا حين التلف لم يتأكد العقد؛ لعدم العمل، فكأن المال مودوع عنده حينئذٍ.

والثاني: يُحسب من الربح؛ حتى لا نصيب للعامل في الربح ما لم يبلغ المال إلى ما كان قبل التلف؛ لأنه بقبضه صار المال مال القراض، ومال القراض نقصه مجبور بالربح.

ومن المعلوم أنه إذا تلف جميعه ارتفع القراض.

ولو أتلف المالك مال القراض ضمن حصة العامل من الربح.

ولو أتلفه العامل ضمن ما سوى حصته من الربح.

***

القراض جائز من الطرفين

(**فصل: القراض جائز**) ليس بلازم (**لكل واحد من المتعاقدين فسخه**)؛ لأنه عقد وُضع للإرفاق على خلاف القياس فإلزامه يُخرجهم عن وضعه، ولأن ماهية العقد في الابتداء وكالة ثم ينتهي إلى الشركة والجعالة، وليست واحدة منهما عقداً لازماً.

(**وإذا مات أحدهما أو جُنّ أو أُغمي عليه ارتفع القراض**) كسائر العقود الجائزة، فلا يجوز للعامل أن يتصرف بعد ذلك[1]، فإن تصرف فإن كان بعين مال القراض فهو باطل، وعلى الذمة صح ووقع عن العامل ويضمن ما دفع عمّا في الذمة.

[وظائف أخرى للعامل]

(**وعلى العامل**) وجوباً (**التقاضي والاستيفاء**)، التقاضي: طلب القضاء، والاستيفاء: الأخذ بتمام بعد الطلب، وقيل: التقاضي: أن يتكلف قضاء ما عليه من دين، والاستيفاء: أخذ ما له من دين على غيره، (**إذا كان المال ديناً**) وذلك بأن كان باعه

---

(١) أي: بعد الموت أو الجنون أو الإغماء. منه.

نسيئة بإذن المالك، أو جعله رأس مال السلم وقد فسخاه أو أحدهما؛ فإن التقاضي والاستيفاء عليه؛ لأنه دخل في عهدته حين تصرفه فيه، وقد أخذ من المالك ملكاً تاماً، والدين ملك ناقص، فلابد أن يجعله تاماً كما كان.

فلو باشر المالكُ ذلك بنفسه جَاز، وله أخذ الأجرة من العامل إن رضي بمباشرته، وله منعه.

(**وعلى العامل تنضيض قدر رأس المال**) أي: جعله ناضّاً، وهو النقد (**إن كان**) رأس المال (**عرضاً**) فيبيعه بنقدٍ ليُعلم ما يخص به كل منهما ويعرف قدر رأس المال.

ثم ما استوفاه من الديون أو ينضه من العروض إن لم يكن من جنس رأس المال فعليه تحصيله، إلا إذا رضي المالك به فلا يكلّف العامل بتحصيل رأس المال.

وإنما قيّد التنضيض بقدر رأس المال؛ لأن الزائد عليه حكمه حكم عرض مشترك بينهما لا يكلّف واحد منهما بيعهُ، كما لو اشترك اثنان في عرض لا من هذه الجهة.

(**وفي وجه**) محكيٌّ عن المحاملي (**أنه**) أي: الشأن (**إن لم يكن في المال ربحٌ لم يُكلِّف العاملَ المالكُ التنضيض**)؛ إذ لا فائدة للعامل في التنضيض وقد ارتفع العقد فلا معنى لتكليفه بذلك بلا فائدة، فشأن المالك به[1].

وردّ بأن المال في عهدته حتى يردّه كما أخذ.

(**وإذا استرد المالك قدراً من رأس المال قبل ظهور الربح والخسران رجع رأس المال إلى الباقي**) بعد المستَرَدّ، بأن كان المجموع ألفاً فاستردّ خمسمائةٍ صار رأس المال خمسمائةٍ؛ لأنه لم يترك في يده غيرها، حتى لو ربح بعد الاسترداد فما زاد على الباقي بعد الاسترداد فهو بينهما على ما شرطا.

(**ولو استرد بعد الربح فالمستَرَد شائعٌ ربحاً ورأس مالٍ**) على النسبة الحاصلة له من مجموعهما، فيستقر ملك العامل على ما يخصُّه، ولا يسقط بعروض الخسران بعد ذلك.

(**مثاله: رأس المال مائة دينار، والربح الحاصل منها عشرون ديناراً واسترد المالك**

---

(١) نهاية المطلب (٧/ ٤٨٤)، والعزيز ط العلمية (٦/ ٤١).

عشرين ديناراً، فالربح سدس جميع المال لأن الجميع مائة وعشرون فيكون المسترد) أي: العشرون **(سدسه)** بالرفع بدل من المستَرَدّ **(من الربح)** وهو ثلاثة دنانير وثلث دينارٍ **(حتى يستقر للعامل المشروط منه)** أي: من الربح وهو دينار وثلثا دينارٍ إن كان المشروط النصف، حتى لو خسر بعد ذلك وعاد ما في يده إلى ثمانين لم يسقط ما استقر له كما ذكرنا، **(ويكون الباقي)** بعد إخراج السدس وهو خمسة أسداس المسترد -أعني ستة عشر ديناراً وثلثا دينارٍ **(من رأس المال)**-، فينفرد به المالك ويعود ما في يد العامل إلى ثلاثة وثمانين وثلث.

قال ابن الرفعة في المطلب الأعلى: "هذا الذي أطلقوه إذا كان الاسترداد بغير رضا العامل، فإن كان برضاه فإن قصد أن يكون المسترد من رأس المال يكون منه، أو قصد من الربح يكون منه".

وعلى هذا فهل كان نصيب العامل في المسترد قرضاً على المالك أو هبةً منه؟ فيه وجهان: **أحدهما**: أنه هبة؛ لأنه دُفع إليه تبرعاً ولم يُشترط عليه شيءٌ، فهو كما لو ناول طعاماً إلى أحد فأكله.

والثاني: أنه قرض على المالك؛ إذ لم يجر فيه لفظ هبةٍ، وليس المقام مقام الهدية فلا معنى لزوال الملك بهذا القول، قال ابن الرفعة: والثاني أشبه.

(وإن استرد) المالك قدراً من رأس المال **(بعد الخسران فالخسران موزّع على المستردِّ والباقي)** في يد العامل؛ لأن الخسران إنما وقع على الجميع، فلا معنى لتخصيص البعض به **(حتى لا يلزمُه)** أي العامل **(جبر حصة المستَرد من الخسران لو ربح من بعد الاسترداد، مثاله: رأس المال مائة دينارٍ والخسران عشرون)** ديناراً، **(ثم استرد عشرين)** ديناراً **(فربع العشرين)** الذي هو الخسران، وهو خمسة دنانير **(حصة المسترد)** الذي هو عشرون **(ويعود رأس المال إلى خمسة وسبعين)** فما ربِح بعد ذلك فهو بينهما على ما شرطا؛ إذ المال بعد الخسران ثمانون، ويبقى بعد استرداد العشرين ستون، وإذا نسبت العشرين الذي هو الخسران إلى المستَرَد والباقي تجده ربع الجميع؛ لأن العشرين ربع الثمانين، فيسقط ربع العشرين الذي هو الخسران، فيبقى خمسة عشر، فيُضم إلى الستين

الباقي بعد الاسترداد، فيبلغ خمسة وسبعين، فلا يلزم على العامل إلا جبر خمسة عشر، فإذا ربح بالستين الباقي في يده فبلغ ثمانين مثلاً فله نصفة الخمسة الزائد على خمسة وسبعين؛ لأنه لا يجبر بما زاد على الستين إلا خمسة عشر.

[مواضع يصدَّق فيها العامل بيمينه]

(**ويُصدّق العامل بيمينه في قوله: لم أربح**) شيئاً (**أو: لم أربح إلا كذا**) بأن يدعي المالك أنك ربحت عشرين، فيقول: لم أربح إلا عشرة (**أو: اشتريت هذا للقراض**) ويقول المالك: بل لنفسك، (**أو**) يقول العامل: (**اشتريت لنفسي**) فيقول المالك: بل للقراض.

وإنما يُصدّق فيها العامل؛ لأنه المباشر للعقد، وإليه الخيَرة في قصده، فلا إطلاق للشهود على قصده، وقد جعله أميناً حين الدفع والتزم الرضا بما يفعل.

(**أو قال:**) العامل (**لم تنهني عن شري هذا المتاع**) وقال المالك: بل نهيتك عن شرائه؛ لأن قول المالك يتضمن خيانة العامل، والأصل عدم الخيانة، مع أن الأصل عدم النهي أيضاً.

(**ويُصدّق في قدر رأس المال**) بأن قال المالك: دفعت إليك مائتين، ويقول العامل: بل مائة، سواء كان في المال ربح أو لم يكن؛ لأن الأصل عدم الزيادة على المتفَق عليه وهو المائة في مثالنا، (**و**) يصدّق (**في دعوى التلف**)؛ لأنه أمين، إلا إذا نسبه إلى سبب ظاهر، فيُطالَب بالبينة عليه ثم يُحلّف على التلف به.

والسبب الخفي كالسرقة وإتلاف نحو الكلب الطعام المشترى، أو الهرة الحمامة المشتراة ونحو ذلك كالتلف بلا نسبة إلى سبب، فيكتفى بالحلف.

(**وكذا**) يُصدق باليمين (**إذا ادعى الرد في أظهر الوجهين**) إلى المالك، سواء كان الدعوى بعد التصرف أو قبله؛ لأنه ائتمنه، وقد قال ﷺ: «**الأمناء مصدّقون في دعوى الرد والتلف**»[1]، ولأن الأصل براءة ذمته وعدم خيانته بالكذب في الرد،

---

(١) لم نحصل على تخريج هذا الحديث بعد بحث كثير، ولكن بعد مراجعاتنا لكتب المذاهب ظهر أنه من قول الإمام مالك رحمه الله. ينظر: القواعد لابن رجب (١/ ٦١): القاعدة الرابعة والأربعون (قبول قول الأمناء في الرد والتلف).

وبالقياس على المودَع بجامع الأمانة بلا فارق.

والثاني: لا يُصدق؛ كما لا يصدق المرتهن في دعوى الرد مع أنه أمين أيضاً.

وفُرّق بأن المرتهن إنما يأخذ لمحض منفعة نفسه فلا يُجعل كالأمين المحض، والعامل يأخذ لمنفعة المالك، وانتفاعه بعمله لا يُخرجه عن أن يكون أميناً محضاً.

[التنازع في المقدار المشروط من الربح]

(**وإذا تنازعا في المشروط له من الربح**) فقال العامل: شرطنا نصف الربح، وقال المالك: ثلثه أو رُبُعه (**فيتحالفان**)؛ لاتفاقهما على صحة العقد وإنما وقع الاختلاف في العوض، فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن بعد اتفاقهما على صحة البيع.

ثم إن حلف أحدهما دون الآخر قُضي له بما حلف عليه.

وإن حلفا جميعاً رجع الربح والخسران على المالك؛ لأنه تبع لماله، ويكون للعامل أجرة المثل لما عمله في ماله، سواء كانت زائدة على المشروط له أو ناقصة.

ثم هل ينفسخ العقد بالتحالف، أو يبقى وعليهما الاتفاق على جزء من المشروط إن أجازا وإن فسخا فشأنهما والفسخ؟ فيه وجهان: قال في البيان: الأئمة إلى ترجيح الأول أميَل[1].

ولو قارض واحدٌ اثنين على أن يكون نصف الربح له ويكون الباقي بينهما بالسوية فاتجرا في المدفوع إليهما وربحا ثم اختلفا في قدر رأس المال فقال المالك: دفعت إليكما مائتي دينارٍ فصدّقه أحدهما وأنكر الآخر مائةً فقال: إنما دفعت مائة دينار، ولم يكن للمالك بيّنة فحلف المنكر على ما قال، فلو كان الحاصل الآن مائةً أخذ المُنكر ربع المائة وهو خمسة وعشرون والباقي للمالك ولا شيء للمصدِّق؛ لأنه لا ربح في المال على زعمه.

ولو كان الحاصل الآن ثلاثمائة دينار فيأخذ المُنكر خمسين؛ لأنه نصف ما يخصهما على

---

(١) الشارح رحمه الله نقل المسألة نقلاً بالمعنى كعادته، ونص العمراني في البيان: "فإذا حلفا.. كانا كالمتبايعين إذا تحالفا، وهل ينفسخ العقد بنفس التحالف، أو بالفسخ؟ على ما مضى. البيان في مذهب الإمام الشافعي (٧/ ٢٣٣)

زعمه، ويأخذ المالك من الباقي مائتين؛ لأنها رأس مال على زعم المصدّق بقي خمسون فيُقَسِّمه المالك والمصدق أثلاثاً؛ لأنهم متفقون على أن المالك يأخذ نصف ما يأخذ كل واحد من العاملين. وما أخذ المُنكر يُجعل كالتلف لآفة سماوية.

هذا ما أخرجه ابن الحداد في الفرَوع المولّدات[1]، وقال:

في الاختلاف في جنس رأس المال المصدّقُ العاملُ، وفي أنه وكيلٌ أو عاملٌ المصدّقُ المالكُ، ولا أجرة للعامل؛ لإقراره بالوكالة.

(١) المولدات: هو اسم آخر لكتاب "الفروع: في مذهب الشافعي" لابن حداد المصري، وهي صغيرة الحجم وكثيرة الفائدة، دقق في مسائلها غاية التدقيق. اعتنى بها الأئمة، وتنافسوا في شرحها، ووقف كثير منهم عن الكلام فيها لدقتها، وغموضها فمنهم: الرافعي، وأبوعلي، وأبوإسحاق، والقفال. ينظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٥٦).

بعون الله تعالى وتوفقه تم تحقيق كتاب القراض من الوضوح وإعداده للطبع إن شاء الله تعالى بالإفادة من تحقيق الشيخ عمر مصطفى، وهذه الحصة تنتهي:

في مخطوطة مكتبة الحاج خالص في أربيل المرقمة (٢٨٣) في اللوحة (٠٠١١٨).

وفي المخطوطة (٢٧٢٦) في اللوحة (١٠٠).

وفي المخطوطة (٣١٧٢) في اللوحة (٠٠٥٢٥).

وفي مخطوطة مكتبة بيارة ٦٥٦ في اللوحة (٣١٩).

وفي المخطوطة المرقمة (٢٥٣٤٢) الموجودة في الدار الوطنية للمخطوطات في اللوحة (٦٤٨٦) ظ.

وفي مخطوطة مكتبة الخال في اللوحة (٢٠٩).

ويأتي بعده بإذنه تعالى تحقيق كتاب المساقاة.